

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La clasificación profesional

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

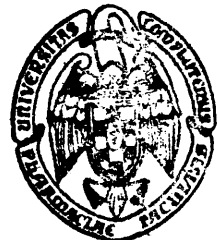
Alfonso Vinuesa Aladro

Madrid, 2015

LA CLASIFICACION PROFESIONAL

=====

Alfonso Vinuesa Aladro



Capítulo I

CLASIFICACION Y CATEGORIA PROFESIONAL

1. LA CLASIFICACION PROFESIONAL. DELIMITACION Y TERMINOLOGIA.

El ámbito en el que se desenvuelven las relaciones entre -
empleadores y trabajadores es muy amplio y dentro de él coexiste
una gran riqueza de situaciones. Las disposiciones jurídicas de
origen estatal o convencional que pretenden abarcarlo íntegramen-
te constituyen una mínima proporción dentro del complejo ordena-
miento laboral y son más numerosas las regulaciones limitadas a
determinadas actividades o grupos de trabajadores. Incluso las -
disposiciones de carácter sectorial abundan en reglas diversifi-
cadas de acuerdo con características específicas de los trabaja-
dores afectados. Y es que la legislación laboral, si no quiere -
reducirse a formulaciones imprecisas y de difícil aplicabilidad,
forzosamente debe clasificar en conjuntos homogéneos a las acti-
vidades económicas, a las empresas y a los trabajadores. Por ello
la clasificación, entendida en su sentido literal de acción y --
efecto de clasificar, es una técnica de frecuentísima utilización
en el derecho en general y concretamente en el Derecho del Traba-
jo y la diferenciación de los trabajadores en atención a las ca-
racterísticas de sus prestaciones (1). Esta técnica no es ni le

(1) GIUGNI G, "Le categorie dei prestatori di lavoro. Panorama comparativo", "en Riv. Trim. di Diritto e Procedura civile" 1.966 nº 3 pág. 844-5 "La formación de categorías o sea de agrupaciones homogéneas de trabajadores... corresponde sobre todo a una obvia exigencia de tipificar la realidad social con el fin de imputar a situaciones consideradas uniformes, efectos jurídicos igualmente uniformes. Es este el modo típico de operar la técnica jurídica - que opera sobre la realidad, identificando y aislando categorías de fenómenos".

gal ni éticamente rechazable en tanto no implique una discriminación (2). De las muchas clasificaciones que encontramos en esta rama jurídica ocupa indiscutida primacía, por su relieve en el contrato de trabajo y por la extensión cuantitativa conferida a su tratamiento, la denominada clasificación profesional, que toma como dato de referencia las funciones ejercidas por el trabajador. Los términos de clasificación profesional son los que utiliza la doctrina española (3). En nuestro derecho positivo el apoyo está en la expresión "clasificación del personal por especialidades profesionales" de la Ley de Reglamentaciones de 16 de octubre de 1942, art. 11, y en la referencia literal a la "clasificación profesional", de la Orden que regula las reclamaciones al respecto, de 29 de diciembre de 1.945, arts. 1 y 2, disposiciones ambas de preeminente consideración en la materia que nos ocupa. Con posterioridad otras disposiciones han utilizado la misma expresión hasta generalizarla (4). Sin embargo, la referencia a la profesión cuando se quiere aludir a las funciones que desempeña un trabajador - en un momento dado no es del todo correcta, ya que para clasificarle interesa la actividad que ha contratado o la que efectivamente desempeña, aún cuando se trate de una actividad circunstancial o - que no requiere ninguna preparación, mientras que la profesión se entiende más bien como una actividad ejercida de una manera continuada o habitual y presupone un acervo de conocimientos tipificados.

(3) ALONSO OLEA, M. "Derecho del Trabajo", 4ª ed. Madrid, 1.976, págs. 171 y 662. BAYON CHACON, G. Y PEREZ BOTIJA, E. "Manual de Derecho del Trabajo", 6ª ed. Madrid 1966, pág. 379.

(4) Con posterioridad otras disposiciones han utilizado la misma expresión hasta generalizarla.

☞ Así los Decretos 18-4-47, art. 2º M. 11-9-53 art. 58 sobre Jurados de empresa y el D. 12-1-61 sobre Reglamentos de Régimen Interior entre otros.

(2) El convenio nº 111 de la OIT sobre discriminación en materia de empleo y colocación distingue discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social y las distinciones basadas en las calificaciones exigidas para su empleo.

dos(5). Las expresiones orientación profesional o formación profesional de amplia utilización en el lenguaje corriente son suficientemente expresivas de la exigencia de conocimientos inherentes en la profesión. Por lo que se refiere al lenguaje legal ambas tienen también cabida (6) pero las normas que de una manera terminante precisan el carácter habitual y de necesaria cualificación de la profesión son las referentes a la cartilla profesional, concebida como "documento de identidad profesional" (7). En las distintas disposiciones que han regulado la elección de enlaces sindicales y vocales del Jurado de Empresa la profesión es aludida - al margen como ocupación ejercida en diversas empresas y la antigüedad en la misma se tiene en cuenta como un requisito de elegibilidad (8). Las escuetas e incompletas referencias que acabamos de hacer son suficientes a los fines de caracterizar la profesión. No insistimos en ellas porque la preocupación del legislador por una terminología uniforme y rigurosa en esta materia no ha sido - grande y se advierte una acusada incoherencia entre unas y otras disposiciones. Unicamente cabe añadir que las Reglamentaciones y Convenios Colectivos utilizan casi siempre la expresión clasificación funcional, más correcta. No obstante, mantenemos la de clasificación

(5) GIUGNI G, "Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro" Nápoles 1.963 pag. 60, ha hecho notar cómo la continuidad o habitualidad al menos tendencial, atributo típico de la profesionalidad, es extraña al contrato de trabajo.

(6) Pueden consultarse la Ley de Colocación de 10-2-43, art. 2º; Reglamento de la misma Ley de 9-7-59, art. 18, 2º. Decreto 2-11-72, sobre política de empleo, art. 1 y Orden 18-12-72 entre otras.

(7) Art. 74 s. del Reglamento de Colocación citado en nota anterior el 76 fue modificado por Decreto de 20-4-67. Orden de 11-1-62 sobre cartilla profesional agrícola. Orden de 16-7-68 por la que se aprueba el modelo de cartilla profesional.

(8) Normas electorales sindicales en las elecciones de empresa, -- aprobadas por Acuerdo del Comité Ejecutivo Sindical de 9-5-75, art. 9 Decreto de 18-8-47, art. 5º por no citar sino la primera y la última disposición al respecto.

ción profesional porque entendemos que los términos generalizados, aunque adolezcan de cierta imprecisión filológica, ofrecen la ventaja de ser inmediatamente captados por todos.

La clasificación de los trabajadores tomando como dato de referencia las funciones que tienen atribuidas parte del hecho constatado de la división del trabajo. Las ventajas de dividir las distintas operaciones susceptibles de ejecución para encomendar a cada trabajador sólo una o un grupo de ellas ha dado origen a los distintos oficios primero y a la multiplicación de las ocupaciones después. Si hubo un tiempo en que para clasificar funcionalmente a los trabajadores resultaba suficiente la especificación del oficio, la creciente extensión del fenómeno de la división del trabajo que ha diseccionado el contenido de los oficios obliga a un grado de concreción mucho mayor y la clasificación profesional ha adquirido unas dimensiones cuyos límites resulta muy difícil fijar. La delimitación de las funciones puede llevarse a cabo atendiendo la identidad o semejanza de las tareas que se encomiendan a cada trabajador de acuerdo con la organización impuesta por el empleador en cada momento y con independencia de las que pudiera realizar en otro lugar o en otro tiempo o también puede adoptarse el sistema de fijar previamente a la contratación de las funciones unos esquemas en los que deben encuadrarse los trabajadores según las que contraten o las que de hecho realicen. Estos esquemas previos se denominan categorías profesionales y, por tanto si se adopta este sistema, la clasificación profesional consiste precisamente en asignar a cada trabajador la categoría profesional correspondiente a la función que constituye el objeto del contrato puede definirse aquella como la especificación, con arreglo a una categoría prefijada, de la actividad que constituye el objeto del contrato de trabajo. El sentido de esta definición

se explica y matiza suficientemente en el próximo apartado de nue
tra investigación dedicado a la categoría profesional.

Delimitado positivamente, si bien sea con un grado de concreci
ón muy elemental por el momento, nos parece conveniente excluir
ya desde ahora algunas cuestiones ajenas, con lo cual mediante una
fórmula negativa daremos un paso más en la delimitación de aquel.
Carece de fundamento la confusión entre clasificación profesional
y otras clasificaciones que consideran aspectos distintos de la -
relación laboral. A pesar de ello el legislador, incurriendo quiz
ás en cierto simplismo esquematizador, algunas veces las ha con-
ferido un tratamiento conjunto, provocando un confusionismo que -
ha requerido incluso pronunciamientos clarificadores de nuestro más
alto Tribunal. Otras veces ha sido una equivocada actuación de los
interesados o de la propia Administración la que ha originado el
confusionismo. Para desprendernos de un lastre conceptual innecesa
rio conviene desde un primer momento excluir aquellas figuras que
pueden enturbiar la nitidez del objeto de nuestro estudio. Concre-
tamente la clasificación profesional no es ni la clasificación de
los trabajadores por razón de la permanencia ni tampoco la clasific
ación o encuadramiento dentro de una determinada Reglamentación u
Ordenanza.

a) Clasificación de trabajadores por razón de la permanencia.
Los datos de la duración del contrato de trabajo y de las prestacion
es que constituyen su objeto son independientes entre sí. La condic
ión de fijo o eventual afecta a la duración del contrato, pero no
a los cometidos que debe realizar el trabajador. Un encuadramiento
sistemático lógico de la clasificación por razón de la permanencia
en las Ordenanzas y Convenios exigirá su inclusión en los artículos

que regulan el nacimiento y la extinción del contrato. Sin embargo es fácil encontrar esta materia dentro de un capítulo dedicado a la clasificación de los trabajadores que incluye conjuntamente la clasificación por razón de la permanencia y por razón de la función como dos especies dentro de un género más amplio (9). Es esta la única razón que puede explicar el que en algún tiempo cuestiones relativas a la duración del contrato hayan sido abordadas como problemas de clasificación profesional, llegando incluso a sustentarse este criterio en Sentencias de nuestro más alto Tribunal (10). En la actualidad el equívoco no subsiste ni en la práctica administrativa ni en la doctrina jurisprudencial (11).

La diferenciación de la clasificación por razón de la función y por razón de la permanencia no debe llevarnos a ocultar las conexiones existentes entre ambos aspectos de la relación laboral. En primer lugar deben destacarse que determinadas categorías profesionales se adquieren por el mero transcurso del tiempo de servicios a la empresa, bien sea automáticamente, bien sea por la decisiva influencia de este factor en los ascensos por antigüedad para cubrir vacantes de superior categoría. Por otra parte en las actividades de temporada existen categorías caracterizadas, y definidas incluso, en relación con la temporalidad de los trabajos.

(9) Entre otras muchas, ARTES GRAFICAS, BEBIDAS, CARNICAS, OFICINAS y QUIMICAS.

(10) STS, SOCIAL, 19-11-59 (R. 4587), 17-12-59 (R. 4397), 5-3-60 (R. 1078) y STS, CA, 11-3-67 (R. 1704).

En la doctrina española mantuvo este criterio, plenamente ajustado a la jurisprudencia, AGUIÑAGA TELLERIA, A. "La clasificación profesional en nuestro Derecho del Trabajo", Cuad. de Pol. Soc. nº 11, 1.951, pág. 53. "La clasificación profesional puede considerarse - desde tres aspectos fundamentales, el funcional (categoría profesional de fijos, eventuales o para obra o servicio determinado) y en relación a los demás productores fijos de la empresa (clasificación escalafonal)".

(11) STS, CA, 11-10-69 (R. 5362), 30-12-66 (R. 5920).

Por último la consideración de las funciones que desempeña el trabajador es decisiva para dilucidar su condición de fijo o eventual. (12).

b) Clasificación de actividades de acuerdo con la Reglamentación.

La Jurisprudencia se ha enfrentado muy numerosas veces con la cuestión de dilucidar si la competencia para encuadrar a la empresa en una determinada Reglamentación está atribuida a la Jurisdicción laboral o a la Administración. Después de haberse inclinado durante bastantes años en favor de la segunda, hacia 1.968 modifica el criterio adoptando el opuesto (13). No habría motivo para abordar este tema si no fuera porque algunas Sentencias de las que atribúan la competencia a la Administración toman como referencia el concepto de clasificación profesional para apoyar la existencia o ausencia de competencia en la Orden de 29 de diciembre de 1.945 que atribuye el conocimiento de las reclamaciones de clasificación profesional a los Delegados de Trabajo. Con independencia del tema básico de la competencia en esta materia, cuya profundización nos apartaría del objeto de nuestro estudio(14) nos interesa dejar constancia de que la determinación de la Regla

(12) BERNAL MARTIN S. "Problemas jurisdiccionales sobre clasificación profesional", en Rev. D. Priv. 1.956, pág 1194 entiende que la categoría repercute inmediatamente: a) en la prestación de la función; b) en los efectos económicos y c) en las consecuencias anejas a su permanencia.

(13) Sentencias de la 1ª etapa son, entre otras muchas, las de 8-3-54 (R.), 10-10-58 (R. 3311), 11-6-59 (R. 2400), 12-2-63 (R. 3259), 8-2-64 (R. 1091) 8-10-66 (R. 407).

Se inicia la doctrina de la competencia de la Magistratura con las de 15-3-68 (R. 1812) y 30-4-68 (R. 2516) y ha sido reiterada por abundantísima jurisprudencia. Por ejemplo, las Sentencias de la Sala IV de 27-5-71 (R. 2948), 21-2-72 (R. 1117), 23-11-72 (R. 5052) 5-6-73 (R. 5055), 8-5-74 (R. 2340), 7-2-75 (R. 1390).

(14) Con claridad y precisión ha sido abordado por MONTOYA MELGAR, A. "Juriscicción y Administración de Trabajo". Madrid, 1970, pág 113-6

mentación constituye cuestión diferente de la clasificación profesional y que el argumento a veces esgrimido de que debe conceputarse clasificación porque dicha determinación constituye un primer paso necesario para clasificar a los trabajadores no tiene - ninguna fuerza porque también es requisito previo para la fijación de los salarios o de la duración de la jornada, por ejemplo, sin que a nadie se le haya ocurrido confundirlos.

2. LA CATEGORIA PROFESIONAL

Las funciones son susceptibles de una consideración subjetiva y objetiva. Por una parte las personas poseen unos saberes y experiencias que les facultan para realizar funciones que se estiman propias de unas determinadas categorías profesionales. Por otra, los puestos de trabajo implican la realización de un haz de tareas que constituyen el contenido de las categorías profesionales. Las categorías subjetiva y objetivamente consideradas pueden coincidir o no, ya que si bien la categoría objetiva presupone necesariamente la subjetiva, contrariamente la formación del trabajador puede ser superior a la requerida para desempeñar el puesto que tiene encomendado. Consecuentemente puede afirmarse que el trabajador posee una categoría profesional acorde con su aptitud profesional y una categoría objetiva que es la que le corresponde de acuerdo con las tareas que efectivamente realiza. La ausencia de cualificación o conocimientos profesionales no excluye la categoría sino que encuadra al trabajador en una especial categoría (15).

(15) ALONSO OLEA, M. "Derecho del Trabajo" cit. pág. 174. "El trabajador manual "no cualificado" que aparece en todas las clasificaciones, está clasificado también por virtud de su misma falta de modificación, como trabajador o peón ordinario, de trabajo "trivial" en la expresión de la LCT, que no necesita de entrenamiento ni formación especial.

La doctrina italiana, que ocupa indiscutible primer puesto en el estudio de las materias de clasificación profesional, ha re saltado tres clases de categorías: la subjetiva, la real y la con vencional (16). La real u objetiva sirve para describir las funciones que desarrolla el trabajador y para individualizar la posición que asume en el ámbito de la empresa. La convencional o contractual es la atribuida al trabajador contractualmente, que puede o no coincidir con la real. La cualificación subjetiva, -- también llamada profesional, potencial o precontractual, es el conjunto de aptitudes, conocimientos y experiencias profesionales que posee el trabajador independientemente de su ocupación en una empresa concreta (17).

Esta terminología, con variantes según los autores, también se utiliza en el Derecho español de trabajo (18). HERRERO distin gue tres momentos en lo que denomina proceso de calificación pro fesional: 1º) Categoría adquirida. La que posee el trabajador an tes de ingresar en la empresa, que a lo sumo sirve para determinar el encuadramiento sindical del trabajador y la inscripción en las oficinas de colocación, 2º) Categoría convencional o contra ctual, la reconocida en un contrato de trabajo. 3º) Categoría real

(16) Una traducción rígida del italiano se presta a confusiones. La "qualifica", que podríamos traducir literalmente como cualificación o calificación es el concepto que corresponde al nuestro de categoría, mientras que la "categoría" italiana equivale más bien a nuestros grupos profesionales (empleado, obrero, etc.) La definición de "categoría", "qualifica" y "grado" puede comprobarse en ARANCUREN "La qualifica del lavoratore el ius variandi dell'imprenditore", Milán 1.961, pág. 2.

La terminología de subjetiva, real y convencional tampoco es unívoca. Pueden consultarse las distintas acepciones de estos términos utilizadas por la doctrina italiana en GUIGNI G. "Mansioni e qualifica..." *cit.* pág. 26,-5

(17) L'APOLETANO "Categorie, qualifiche e mansioni nel rapporto di lavoro" (Il diritto del lavoro nell'elaborazione giurisprudenziale vol. 6) Roma 1.973, pag. 4.

(18) Por ejemplo, ALONSO GARCIA, M. en "Curso de Derecho del Trabajo", 5ª ed. Barcelona, 1.975, pág. 379, distingue clasificación potencial y activa.

o asignada. Se produce cuando el trabajador es destinado a las tareas que concuerdan con la categoría profesional convenida (19).

Al margen de cualquier enfoque de la categoría lo importante por el momento es recalcar que el elemento esencial que la caracteriza es la función, que puede ser recogida mediante una fórmula amplia o mediante una descripción minuciosa, pero en todo caso suficiente para diferenciarla de otras categorías con las que debe armonizarse para constituir un sistema de categorías, que debe ser elaborado previamente al acto clasificatorio, de tal manera que este se reduzca a encuadrar las funciones en un esquema preestablecido. En este sentido puede hablarse de delimitación legal, entendiendo el concepto de legal en el sentido amplísimo de norma previa de obligado acatamiento, prescindiendo del órgano que la crea y de la naturaleza de la obligación. En cuanto a las funciones que deben caracterizar las categorías deben ser las que se realizan con carácter normal, entendiendo la normalidad en el doble sentido temporal que la hace coincidir con la habitualidad y en el material de que se acomoden a las funciones que en la generalidad de las empresas constituyen una ocupación. Recogiendo los diversos aspectos sólomente esbozados podemos definir la categoría profesional como la delimitación legal de funciones que normalmente corresponden a una ocupación laboral(20). Los diversos problemas y las -

(19) Problemas jurídicos que plantea la categoría en el ordenamiento laboral español. Rev. de D. del Tr. 1954, julio-agosto nº4 pag 69.

(20) Definición similar es la de AGUIRAGA TELLERIA, A. "La clasificación..." cit. pag. 56. "Estimación legal, funcional y económica de la labor efectiva y normal del trabajador". PALOMEQUE M. C. "El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional". Rev. Pol. Soc. nº 95, jul-sept. 1972, pág. 85, la define "la precisión legal de una cualificación y función profesionales".

implicaciones que encierra esta definición serán abordados separadamente a lo largo de nuestra investigación.

3. FUNDAMENTO DE LA CLASIFICACION POR CATEGORIAS PROFESIONALES

Una primera aproximación al concepto de clasificación profesional ha partido del hecho constatado de la complejidad de situaciones contempladas por el Derecho del Trabajo y de la consiguiente necesidad de una labor de sistematización y de agrupamiento de las que presenten características homologables: La conveniencia de clasificar a los trabajadores con el fin de aplicarles normas que contemplen situaciones no excesivamente genéricas nos introduce en la explicación de la existencia de la clasificación profesional, pero no puede considerarse fundamento de esta, porque la misma finalidad persiguen otros esquemas clasificatorios del Derecho laboral.

La razón de ser de la clasificación profesional descansa en un triple fundamento que abarca los tres aspectos clásicos del Derecho del Trabajo, a saber, el contrato individual, las relaciones colectivas y el intervencionismo estatal. El contrato de trabajo exige la determinación del objeto que concrete la obligación exigible y que señale límites al poder de dirección empresarial; la fijación de condiciones de trabajo para una pluralidad de sujetos solo puede hacerse mediante la referencia a colectivos suficientemente delimitados y, por último, la política de empleo, aspecto fundamental del intervencionismo estatal en las relaciones laborales, sólo puede desarrollarse con referencia a unos trabajadores y a unos puestos delimitados por la función.

3.1. LA ESPECIFICACION DEL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO

En base a los principios de nuestro derecho de obligaciones sobre la determinación del objeto de los contratos, proclamados en los artículos 1.261 y 1.273 del Código civil de manera tajante y aludidos en algunos artículos de la Ley de Contrato de Trabajo (21), la propia existencia del contrato de trabajo requiere la especificación de su objeto, sin que sea suficiente una referencia a las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo, dada la inmensa variedad de trabajos susceptibles de ejecución y el indefinido abanico salarial que puede servir de contraprestación al trabajo prestado. Las partes contratantes se ven constreñidas, pues, a fijar los extremos del trabajo y del salario contratados en el mismo momento en que pretenden dar vida al contrato de trabajo (22). No es convincente la argumentación de que se trata de una obligación genérica cuya determinación corresponde en cada momento al empleador, pues ello choca con la nota fundamental de este tipo de obligaciones cual es que la facultad de elegir corresponde al deudor "por aplicación del principio de que el que se obliga, se obliga a lo menos: favor debitoris" (23). La tesis más razonable al respecto nos parece la de SAGARDOY, quien

(21) Art. 16, el contrato escrito debe contener "la clase o clases de trabajo objeto del contrato"; Arts. 64 y 78 sobre el trabajo exigible al trabajador.

(22) NARAVALL CASESNOVES, H. "División del trabajo, calificación profesional y ius variandi" Cuad. Pol. Soc. nº 29, 1956, pág. 52. "Este objeto ya no puede tener la vaguedad por la que se lo define simplemente como la mera prestación de trabajo al decir que es objeto de este contrato la prestación de servicios o la ejecución de una obra a una empresa determinada; forzoso será señalar la calidad, cantidad, clase del mismo y la precisión con que hoy se dan, estas circunstancias que hacen asistir a lo que muy bien pudieramos llamar el fenómeno de la especificación del objeto del contrato, que no es más que la calificación profesional".

(23) ALBADALEJO, M. "Derecho Civil, Derecho de Obligaciones" Barcelona 1.970, pág. 33.

sostiene que la obligación de trabajar es generica limitada y que la obligación de trabajar es genérica limitada y que la limitación viene impuesta precisamente por la categoría profesional(24).

Además en el contrato de trabajo, caracterizado por la concepción personalísima de las prestaciones hasta el punto de que lo que se pone a disposición de otro sujeto es la propia persona como fuente de energía laboral, entra en juego el valor de la libertad que a toda costa debe quedar salvaguardada como nota esencial del mismo. Se ha hecho notar que no la contradice el hecho de que el empleador adquiera ab initio los frutos producidos por el trabajador, ya que la cesión deriva de un acto voluntario de este, dato que supone una radical diferenciación con el trabajo en régimen de esclavitud (25). Pero no puede soslayarse que el trabajador no solamente entrega unos frutos, sino que pone a disposición del empleador su propia persona, sometiéndose a sus poderes directivo y disciplinario. Por ello la afirmación de la libertad del trabajador quedaría excesivamente debilitada si en el momento de contratar ignorase qué clase de actividad pone a disposición del empleador y si no se fijasen límites a la exigibilidad de éste. Una inicial determinación de funciones aparece, pues, como un corolario lógico de la libertad del trabajador.

El razonamiento seguido en los párrafos precedentes nos lleva a proclamar la ineludible necesidad de una especificación inicial del objeto del contrato de trabajo, que puede obtenerse me-

(24) "Ineptitud, despido y desempleo", en Rev. Pol. Soc. nº89, -enero-marzo 1.971, págs. 26 y 27. En parecidos términos ARANGUREN "La cualificación..." cit. pág 13 "la obligación de hacer es genérica y se determina por el empresario no discrecional ni unilateralmente, sino convencionalmente con la determinación de la categoría.

(25) ALONSO OLEA, M. "Introducción al Derecho del Trabajo", 2ª ed. Madrid 1.968 pag. 20.

diante una concreción individualizada caso por caso o mediante el recurso a descripciones tipificadas. Concretar el salario es relativamente fácil, pues se reduce a fijar una cifra. Expresar "la - clase o clases de trabajo objeto del contrato" (LCT, art. 16, 1º) si que entraña graves dificultades. No es la menor la de que en - muchas pequeñas empresas, tan extendidas, las partes del contrato con incapaces de describir con exactitud lo que están realizando o viendo realizar diariamente. Aparte de este obstáculo de carác- ter subjetivo, eexiste la realidad objetiva de la variabilidad en la organización de la empresa impuesta por los cambios tecnológicos y económicos y por la rotación y ausencias del personal. El empleador se vería obligado a hacer constar no sólo las tareas - cuya realización constituiría la inicial ocupación de los traba- jadores, sino todas aquellas que previsiblemente se les pondrían encomendar. Aún así las lagunas serían frecuentes. En cambio la delimitación de las tareas se facilita si previamente se agrupan y se cuenta con una denominación específica para grupo de funcio- nes. La clasificación de los trabajadores mediante su inserción en unos esquemas de funciones tipificadas legalmente se realiza precisamente al atribuirles la categoría profesional(26). Sin -

(26) VALDES DAL-RE, F. "La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del ius variandi empresarial", Rev. Pol. Soc. nº 103 jul-sep. 1974, pag. 7, escribe con precisión "La categoría profesional... favorece el proceso determinativo de la - prestación, designando el conjunto de cometidos a que el trabajador queda obligado". Más descriptivamente RODRIGUEZ PIÑERO, M. en "Pro- blemas de rendimiento y clasificación profesional, paros encubier- tos y crisis tecnológicas". (Coloquio sobre los movimientos emigra- torios interiores y exteriores; su relación con los desarrollos - tecnológicos y con los programas de formación profesional en España y en los Estados Unidos de América) Madrid, 1.964, pág. 26 "El concepto jurídico de clasificación profesional deriva de una costumbre de una práctica en la negociación individual que hace que las partes del contrato, cuando tienen que fijar el contenido de este contrato, y decir cuál es el contenido fundamentalmente de los deberes del - trabajador, por un proceso de simplificación, se refieren no a una lista de obligaciones, sino fundamentalmente a los oficios que en el mercado de trabajo existen".

embargo justo es reconocer que la evolución tecnológica al destruir la identidad de los oficios clásicos y al configurar ocupaciones - con un contenido muy amplio y variable ha hecho que las categorías no siempre sean aptas para concretar suficientemente el trabajo con tratado haciendo necesaria la diferenciación entre categoría y pues to de trabajo.

La determinación inicial del objeto del contrato de trabajo, proyecta sus efectos sobre toda la vida de la relación laboral, - constituyéndose en dique que protege al trabajador contra una excesiva flexibilidad de las facultades empresariales de dirección. La Ley de Contrato de Trabajo, a pesar de su parquedad en el tratamiento de la clasificación profesional, resalta el aspecto limi tativo de la misma. MONTOYA MELGAR lo ha destacado con precisión: "La declaración del artículo 64, 1º de la LCT, según la cual el - trabajador sólo prestará la clase y extensión del trabajo que mar quer las leyes, la reglamentación de trabajo, el contrato, y, en su defecto, los usos y costumbres sólo puede entenderse exactamen te a través de la referencia al tema de la categoría profesional. En efecto, los aspectos cualitativos ("clase" de trabajo) y cuan titativo ("extensión" del trabajo) de la prestación laboral no -- significan nada si no es puestos en conexión con una concreta ca lificación profesional. Es esta la que determina qué trabajo ha - de realizar cada trabajador y la que negativamente decide qué ta reas no puede ordenar el empresario a un trabajador en virtud de su calificación. En suma, el empresario está impedido para éjer cer su poder de dirección violando los límites de la categoría pro fesional de los trabajadores" (27).

(27) MONTOYA MELGAR, A. "El poder de dirección del empresario". Ma dria, 1.965, pág. 229

Las categorías profesionales como instrumento apto para delimitar el objeto del contrato de trabajo y el ámbito del poder de dirección del empresario constituyen una ayuda para las partes del contrato de trabajo y como tal no parece razonable imponer su utilización si los interesados consideran que en lugar de ayudarles - obstaculiza el fin pretendido. Consecuentemente en nuestro derecho laboral las funciones pueden ser contratadas libremente sin sujeción a los contenidos de las categorías legales. Sin embargo, teniendo en cuenta que las categorías cumplen otras finalidades distintas que seguidamente examinaremos, el legislador aún cuando no constriña la contratación al ámbito de las categorías sí obliga a asignar al trabajador la categoría que mejor se ajuste a las funciones contratadas.

3.2. LA REGULACION DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

Cuando el salario y las condiciones laborales en general se fijan mediante contratos individuales las dos partes del contrato conocen las funciones que constituyen su objeto, poseyendo los datos precisos para especificar las prestaciones recíprocas de ambos. En situación distinta se encuentran las partes de la contratación colectiva y en su caso el Estado, ya que sus acuerdos y normas han de aplicarse a trabajadores que desempeñan ocupaciones muy diversas. Ante la imposibilidad de dictar normas que se ajusten rigurosamente a cada trabajador individualmente considerado, deben valer se de unas categorías en las que se encuadren por grupos los trabajadores situados en puestos idénticos o análogos. Sin grupos homogéneos de trabajadores resultan imposible las relaciones colectivas de trabajo y hoy por hoy el instrumento más apto para fijar - colectivos homogéneos de trabajadores es la clasificación en cate

gorías profesionales. Una vez fijadas las condiciones, la categoría pasa a ser el punto de referencia obligado para cualquier reclamación por incumplimiento de normas. Consecuente con esta realidad la Orden de 29 de diciembre de 1.945 establece la necesaria constancia del dato de la categoría en los recibos de salarios.

3.3. LA CLASIFICACION PROFESIONAL COMO INSTRUMENTO DE LA POLITICA DE EMPLEO

La política de empleo postula un conocimiento profundo de los puestos de trabajo existentes y de la cualificación de la población que puede ocuparlos, así como de la proyección de estos parámetros hacia el futuro. La dificultad de contar con datos referentes a la estructura de la población laboral ha sido puesta de manifiesto repetidamente (28). Precisamente las categorías profesionales constituyen uno de los instrumentos más valiosos para estudiar los puestos de trabajo, para programar la formación de quienes deben cubrirlos y para favorecer la adecuación entre la persona y el puesto. Estas ventajas podemos resumirlas en dos apartados:

a) Facilita el contacto entre quienes ofrecen y demandan trabajo. Incluso antes de que las partes contraten, mientras se encuentran en "los estadios previos al contrato de trabajo" (29), - se hace sentir la conveniencia de designar la complejidad de posibles ocupaciones con unas denominaciones que expresen su contenido sin que sea preciso describirle minuciosamente. Al empleador -

(28) ALONSO OLEA, M. "Desarrollo económico y empleo", en Rev. de Tr. nº 6, 1.964, . A pesar del tiempo transcurrido, sus observaciones conservan vigencia.

(29) ALONSO OLEA, M. "Derecho del Trabajo" cit. pág. 259.

le resulta más fácil expresar que requiere los servicios de un oficial chapista de primera o de un delineante, antes que describir las tareas que desea encomendarle. Del mismo modo quien busca empleo encuentra más sencillo manifestar que posee la cualificación co--rresponde a un oficial de primera chapista o a un delineante, omitiendo la relación pormenorizada de sus conocimientos profesionales. La referencia a unas categorías generalmente aceptadas es su-ficiente para iniciar un primer contacto entre quienes demandan y ofrecen empleo, sin perjuicio de que la justificación de los estu-dios realizados y de la experiencia adquirida aquilaten la cuali-ficación de los trabajadores.

b) Posibilita el conocimiento del mercado de trabajo.

Si las categorías profesionales legalmente establecidas ofre-cen evidentes ventajas en orden a facilitar la relación entre las partes interesadas en la celebración de contratos de trabajo, su utilización resulta insoslayable para los organismos estatales o sindicales que pretendan intervenir en materia de colocación. El conocimiento de los puestos de trabajo existentes y previsibles y de la población laboral ocupada y en desempleo sólo pueden obtenerlo si las distintas profesiones y especialidades se estructuran - con criterios similares y se nominan unívocamente. Esta dimensión de la clasificación profesional ha constituido preocupación pri-mordial de los organismos internacionales que se ha plasmado en la elaboración de clasificaciones uniformes de ocupaciones, que serán estudiadas en su momento.

4. BOSQUEJO HISTORICO DE LA CLASIFICACION POR CATEGORIAS

La clasificación de las profesiones es antiquísima. Ya los egipcios confeccionaron listas de oficios que podían ser ejercidos por los ingenuos, los libertos y los siervos (30). Las clasificaciones de trabajo en la antigüedad preclásica persiguen la finalidad de diferenciar los trabajos nobles y los viles (31).

En la época romana los trabajos manuales se encomiendan casi exclusivamente a esclavos obligados a realizar cualquier cometido que no vaya en contra de las buenas costumbres, entendiendo este concepto con los peculiares criterios de entonces, (32) y no tiene apenas sentido una clasificación de actividades. Sin embargo en dicha época existen colegios que agrupan a los trabajadores libres en razón a su profesión. Como ejemplo del grado de precisión en la clasificación de los operarios alcanzado en tiempos del Imperio Romano puede citarse que los zapateros (autores) estaban subdivididos en "caligarii", "crepidarii" y "solearii", según el tipo de calzado que elaboraban (33). Sin embargo BAYON ha de notar la inexactitud histórica que supone la visión de algunos autores según la cual en Roma florecieron extensamente las corporaciones profesionales, cuando lo cierto es que los colegios no tuvieron más finalidad que la de garantizar al Estado la percepción de impuestos o la prestación de determinados servicios (34).

(30) HOWARD J. CARPENTER. "Clasificación internacional de las profesiones para las migraciones y la colocación de los trabajadores", Rev. Int. de Tr. febrero 1.954.

(31) MONTTOYA MELGAR, A. "Derecho del Trabajo. Concepto y evolución". Murcia, 1.973, pág. 76 destaca cómo en el antiguo Egipto, en Persia, Mesopotamia o la India, citando a JACCARD se da ya la separación, que ha de durar milenios, entre actividades superiores y trabajos manuales.

(32) BAYON CHACON, G. "La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Madrid, 1.955, pág. 84.

(33) HOWARD J. CARPENTER "Clasificación..." cit.

(34) BAYON CHACON, G. "La autonomía..." pág. 107.

La edad Media con su conocida agrupación de los artesanos - en gremios y su diferenciación en los grados de maestros, oficiales y aprendices es la época en la cual con mayor nitidez se dibuja la clasificación de los trabajadores en razón a la función y la profesión, elementos ambos que coinciden en el trabajador industrial dada la escasa movilidad horizontal propiciada por las ordenanzas gremiales. Si bien es preciso reconocer que la diferenciación entre los tres escalones gremiales se fue fundamentando paulatinamente en bases económicas más que en grados de destreza, debido a las restricciones de carácter extraprofesional impuestas a los ascensos (35).

La revolución industrial con el auge del maquinismo implicó una considerable reducción del grado de dificultad de la mayoría de los trabajos industriales reduciéndolos a la ejecución de tareas relativamente sencillas y quebrantando la rigidez de los oficios clásicos. La multiplicación de ocupaciones provocada por la división del trabajo y por los incesantes cambios tecnológicos no encontró inmediata respuesta en las normas, que se vieron prontamente desbordadas y hasta fechas recientes no se han enfrentado con el problema de clasificar adecuadamente las nuevas actividades laborales.

Por lo que a España se refiere, desaparecida la regulación gremial, apenas se encuentran tratados los temas de clasificación profesional hasta después de 1.942, año en que se promulga la Ley

(35) BAYON CHACON, G. "La autonomía... cit. pág. 189. "La escala gremial va representando no un conjunto de grados profesionales que se van alcanzando con los años y la pericia, sino una serie de divisiones de clase difíciles de vencer".

de Reglamentaciones de Trabajo. Las bases de trabajos dictadas con anterioridad eran extraordinariamente parcas en esta materia. TORRES MESA ya hizo notar su extrañeza por esta laguna: "Natural hubiera sido que las antiguas bases de trabajo elaboradas por los Jurados Mixtos hubieran dedicado gran atención a esta sincronización entre el trabajador y el empleo; pero, fuera de alguna excepción, no se encuentran en las mismas la definición de las categorías profesionales ni el procedimiento para llevar a cabo este encuadramiento, hecho de singular extrañeza si se recuerda que tales normas se acordaban por los propios elementos interesados en el seno de los organismos paritarios" (36). Muy pocas bases contenían definiciones de categorías profesionales. "Las clasificaciones profesionales carecían de contenido funcional, pues se limitaban a simples denominaciones a efectos de tarifas salariales" (37).

5. CONTENIDO DE LA CATEGORIA PROFESIONAL

5.1. ELEMENTOS

La categoría profesional entraña la definición de las funciones propias de una ocupación. Debe incluir siempre una descripción de tareas y para que la descripción resulte exacta, es necesario en muchos supuestos y conveniente en todos que se precise el grado de perfección con que debe desarrollarse la función.

(36) En "Aspectos de la relación laboral, la clasificación profesional del trabajador". Rev. de Tr. oct. 1.953, nº 10, pág. 1.025. La misma observación en MARAVALL CASESNOVES, H. "División del trabajo..." cit. pág. 41.

(37) AGUTYAGA TELLERIA, A. "La clasificación..." cit. pág. 50. En este mismo lugar alude a alguna de las Bases de Trabajo que definían categorías.

Además su identificación se consigue a través de un nombre que la distinga de las restantes categorías. Consiguientemente en el contenido de las categorías profesionales, podemos incluir tres elementos: la designación de la categoría, la descripción de la ocupación profesional y la fijación del nivel de conocimientos y destreza requerido para desempeñarla.

a) La denominación de la categoría.

Son muchas las ocupaciones que poseen una denominación específica. Suelen ser las más antiguas y extendidas, así ebanista, albañil o topógrafo. En la actualidad el nacimiento incensante de nuevas ocupaciones ha desbordado el diccionario y muchas de ellas carecen de un término que las designe, recurriéndose a expresiones de carácter descriptivo, tales como auxiliar de organización o estirador de pieles. La denominación no es asunto baladí. La impresión y falta de homogeneidad en la nomenclatura suponen un obstáculo muy notable para alcanzar las ventajas del sistema de categorías profesionales que han sido expuestas. Se insistirá en este problema después de referirnos a los restantes elementos integrantes del contenido de la categoría.

b) Descripción de la ocupación.

La elaboración de un cuadro de categorías profesionales comienza por un recuento de las funciones que realizan los trabajadores incluidos en el ámbito de la clasificación pretendida y una agrupación de las mismas de acuerdo con las prácticas más usuales de asignación de tareas a los trabajadores. La tarea o conjunto de tareas que en la mayoría de las empresas de cada actividad económica se encomiendan a un mismo trabajador constituyen una profesión o especialidad ocupacional. Delimitada la función, se procede a su descrip-

ción. La Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones en sus definiciones ha conseguido precisión y claridad aceptables. En la introducción de la citada clasificación se explica el método adoptado. Sus reglas merecen tenerse en cuenta al describir cualquier categoría profesional. "Cada definición empieza con un breve esbozo de las funciones generales del trabajador, seguido de una descripción de las principales tareas que lleva a cabo: en qué consisten, cómo las cumple, según qué métodos y, en los casos pertinentes, qué materias, maquinaria y herramientas utiliza, agregándose la finalidad del trabajo cuando no se deduce implícitamente de los demás datos. A veces la definición señala también las posibles variaciones en la manera de ejecutar el trabajo en las diversas empresas o industrias e indica obligaciones que se asignan en ocasiones a algunos trabajadores de esa ocupación, pero que no suelen ser inherentes a ella... Al final de algunas definiciones de ocupación... se mencionan las exclusiones para evitar posibles ambigüedades. (38). La descripción de la ocupación constituye el elemento esencial de la categoría (39).

c) Grado de perfección con que se realiza la función.

La determinación de los diferentes grados de perfección con que puede desempeñarse una ocupación ha de reconocerse como meta poco menos que inalcanzable para un sistema de categorías profesiona

(38) OIT- CLASIFICACION INTERNACIONAL UNIFORME DE OCUPACIONES, Ginebra, 1.958, pág. 6.

(39) VAN MILL "La clasificación de profesiones en los Países Bajos" Rev. Int. Tr. feb. 1.949. "La imagen que ha de dar de cada profesión debe ser bastante clara, completa y exacta para que una persona poco familiarizada con el trabajo de que se trata pueda, basándose --úricamente en este análisis, formarse una idea precisa del empleo y formular un juicio respecto al mismo".

les. La OIT reconoce esta dificultad y la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones ha sido elaborada prescindiendo de las calificaciones profesionales. "Existen dos obstáculos: en primer lugar, las calificaciones profesionales no son absolutas, y, en segundo lugar, su medición es muchas veces una cuestión de criterio. Dada la diferencia entre los medios de formación y las posibilidades de adquirir experiencia en los distintos países, es posible que un trabajador considerado como muy competente en un país resulte menos competente que otro que efectúe un trabajo comparable en otro país. Además de destreza, los conocimientos y las capacidad no pueden concretarse y definirse tan objetivamente como las funciones, obligaciones y tareas" (40). Sin embargo, no puede pasarse por alto que el fenómeno de la creciente mecanización y automatización de funciones que ha provocado el tránsito de los oficios a la atomización de funciones ha tenido como consecuencia que en los niveles más bajos de la jerarquía de categorías la ocupación haya cedido el puesto al grado o nivel. Así los especialistas y peones se definen sólo accesoriamente por la función, pero la nota que prevalece para su clasificación es la del grado de dificultad o quizás más exactamente, la ausencia de dificultad inherente al ejercicio de sus funciones.

La determinación de los conocimientos y habilidad inherentes a una determinada categoría ocupacional puede conseguirse a través de distintas vías:

- En unos casos la propia descripción de las funciones compre

(40) OIT- CLASIFICACION INTERNACIONAL UNIFORME DE OCUPACION, cit. pág. 3.

didas dentro de la categoría, incluso su denominación, resultan suficientemente significativas, ya que los grados inferiores y superiores corresponden a categorías distintas y fácilmente identificables. Cualquiera conoce, por ejemplo, la diferencia que existe entre un médico y una enfermera y, aún al margen de que su titulación oficial no sea la misma, no es necesario que la definición de las respectivas categorías insista en diferenciarlas.

- En otros casos diversas categorías engloban funciones esencialmente idénticas, pero la concreción de las máquinas o instrumentos utilizados es suficientemente expresiva del grado de perfección acorde con cada una de aquellas. La denominación de conductor y su definición en el sentido de que es el trabajador que conduce un vehículo de motor no recogen el nivel de destreza que corresponde a quienes ostentan esta categoría, pero queda esclarecido si se concreta que se trata de un conductor de turismo, de autobús o de coche de carreras.

- Por último existen ocupaciones caracterizadas por la realización de tareas que deben conocer todos los profesionales para ser considerados como tales, pero que pueden ser ejecutadas con muy distinto grado de perfección. La diferenciación entre los más o menos calificados no estriba en la diferenciación de los instrumentos utilizados o de las tareas ejecutadas, sino en la perfección que son capaces de conferir a los trabajos o también en la rapidez de ejecución. Dos joyeros pueden realizar la misma pieza y terminarla uno mejor que otro. Asimismo puede suceder que ambos consigan piezas idénticas, pero que mientras uno la ejecuta en un plazo razonable, el segundo necesita períodos de tiempo superiores. En es-

tos supuestos la definición de categorías atendiendo a diversos niveles de destreza resulta extraordinariamente ardua.

5.2. CONTENIDO DE LA CATEGORIA PROFESIONAL EN EL DERECHO ES PAÑOL.

5.2.1. LOS ELEMENTOS FORMALES

La Ley de Reglamentaciones, art. 11, preceptúa que las mismas incluirán necesariamente la "clasificación del personal por especialidades profesionales, incluyendo las definiciones de todas y - cada una de ellas". Pero no se ha promulgado una norma que regule la técnica con arreglo a la cual deben elaborarse las categorías, - es decir, cuales sean los límites de la extensión que debe darse a la ocupación, si deben o no tenerse en cuenta los conocimientos y la destreza para configurar la categoría y si deben establecerse nexos entre las categorías de profesiones y de actividades económicas distintas. El resultado ha sido que la mayoría de las Reglamentaciones ofrecen listas de categorías carentes de sistemática. No es posible, por tanto, describir unas reglas generales que no existen y hemos de limitarnos a enumerar algunos datos concretos que corroboren la ausencia de sistemática.

- Las tareas unas veces se describen minuciosamente, otras con expresiones muy genéricas; unas veces la ocupación se corresponde con una sola tarea, otras con una pluralidad de tareas diferenciadas.

- Los niveles de calificación casi siempre se diversifican en tres grados, pero algunas ocupaciones tienen dos o uno solo, inclu

so hay categorías que se encuadran en un nivel más elevado sin posibilidad de calificación en los niveles más bajos. Puede consultarse la Ordenanza de ARTES GRAFICAS donde abundan las categorías que implican necesariamente la calificación en un determinado grado (41).

- Algunas Ordenanzas y en relación a algunas categorías en lugar de partir de ocupaciones y distinguir en ellas niveles, establecen unos niveles previos en los que se encuadran las ocupaciones. Así CONSTRUCCION, art. 100.

- Por último, la definición de la categoría en ocasiones se aprovecha para regular materias ajenas a la clasificación profesional, como pueden ser las retribuciones (42) o la edad mínima de admisión al trabajo (43).

5.2.2. LOS CRITERIOS DE CLASIFICACION PROFESIONAL

El derecho español del trabajo no ha elaborado las categorías profesional teniendo en cuenta únicamente la función desempeñada por los trabajadores e introduce factores que condicionan la consideración de las tareas. Sin embargo, el examen de los citados factores pone de manifiesto que todos ellos respetan como criterio esencial el de la función, si bien le complementan o limitan en una doble vertiente, ya que unas veces actúan como indicios de la realización de la función y otras como requisito de su ejercicio. La mayoría de las categorías se limitan a describir los comeo

(41) Apéndice A. Por ejemplo, los correctores sólo pueden ser Oficiales de primera; los matriceros, oficiales de primera o segunda; los fotograbadores, oficiales de segunda; los mercadores, oficiales de tercera.

(42) SIDEROMETALURGIA, Anexo 2, utiliza abundantemente este recurso. Entre otras, pueden consultarse las categorías de Auxiliar Administrativo, viajante y Ordenza.

(43) CONSTRUCCION, Anexo 2, pinche; SIDEROMETALURGICA, Anexo 2, peón

tidos propios de las mismas y hacen necesaria la demostración caso por caso de si el trabajador las realiza o no, mientras que en determinados supuestos se acude a un juego de presunciones de tal suerte que a determinados datos, la edad por ejemplo, se les otorga fuerza suficiente y sin posibilidad de demostración en contrario para probar que la existencia de los mismos implica necesariamente la realización de las funciones y con el grado de perfección característicos de una determinada categoría. En otros supuestos la realización de la función no cabe si no concurre en el trabajador algún requisito y por ello el contenido de la categoría lo recoge como elemento esencial.

Veamos separadamente los distintos criterios que, junto a la función propiamente dicha, se utilizan en las Reglamentaciones para la elaboración de categorías profesionales.

A) LA EDAD

El rendimiento y calidad en la ejecución del trabajo se ven condicionados por la edad tanto en los primeros como en los posteriores años de la vida laboral. Las repercusiones de este fenómeno sobre la clasificación profesional en ambos momentos han sido recogidos por el Derecho del Trabajo español, si bien con un enfoque distinto e incluso un tratamiento sistemático diferenciado. Los trabajadores que no han cumplido la mayoría de edad laboral y excepcionalmente también los que la han superado escasamente son clasificados en categorías en cuya definición entra como dato esencial el de la edad. Para los trabajadores de edad avanzada no se han creado categorías profesionales específicas, pero son bastantes las Re

glamentaciones que contmplan la posibilidad de que el paso de los años repercuta negativamente en el rendimiento laboral y prevén el encuadramiento en una categoría inferior por este motivo. Pero en ningún caso la edad opera automáticamente. Solo indirectamente en cuanto repercuta en la capacidad para el trabajo, Para los jóvenes el dato de la edad sí que opera automáticamente en los dos sentidos expuestos de presunción y de requisito. Se supone con razón que el muchacho de catorce o pocos más años carece de la madurez física y psíquica necesarias para desempeñar los trabajos con un rendimiento aceptable. Por eso se crean categorías acordes con este rendimiento más bajo. La misma idea podemos expresarla en el sentido de que el rendimiento normal exige una determinada edad. Por eso se establece como requisito para ostentar determinadas categorías dicha edad. (44).

El límite de edad decisivo en materia de clasificación profesional es lógicamente el que separa la mayoría y la minoría de edad laboral, es decir los dieciocho años. Casi todas las Reglamentaciones coinciden en la terminología y contenido de las categorías profesionales propias de los menores de la citada edad: pinches, aspirantes y botones.

- El pinche es el trabajador menor de edad que realiza labores de peonaje. La Ordenanza Siderometalúrgica a estos trabajadores no los encuadra en una categoría especial. Al definir la cate

(44) ARANGUREN "La qualifica del lavoratore e l' "ius variandi" dell' imprenditore". Milán 1.961 pág. 14.

goría de peones, exige que estos hayan cumplido dieciocho años y en el mismo apartado determina que los menores de esta edad podrán realizar trabajos de peonajes ligeros, compatibles con su edad, A estos trabajadores se les denomina usualmente peones jóvenes. Los trabajadores de oficio, dada la duración usual del aprendizaje, - antes de los dieciocho años suelen ser aprendices (45).

- El aspirante es el menor que realiza funciones administrativas. La Ordenanza Textil, art. 77 se aparta de la regulación general y a los trabajadores administrativos les califica de auxiliares cuando tienen dieciseis o diecisiete años y de oficiales a partir de los dieciocho.

- El botones es el menor del grupo subalterno. No existe ninguna excepción en la denominación de esta categoría.

Cumplida la mayoría de edad laboral ésta deja de repercutir en la clasificación profesional en la generalidad de los casos, si bien en algunas Reglamentaciones se encuentran categorías profesionales adquiridas por el solo hecho de cumplir determinada edad. Así la Ordenanza de Comercio, art. 25 dispone que los ayudantes pasarán automáticamente a la categoría de dependientes al cumplir los veintidós años de edad.

En los supuestos examinados la edad constituye elemento decisivo de la Clasificación profesional en cuanto que por sí sola de-

(45) En la Ordenanza TEXTIL, art. 74, el trabajador que termina el aprendizaje pasa a la categoría de subayudante, si tiene menos de dieciseis años; a la de ayudante si su edad está comprendida entre los dieciseis y dieciocho años y a la de oficial si supera los dieciocho años.

termina un ascenso de categoría para todos aquellos que se encuentren clasificados en la inferior. Al mismo tiempo es un requisito imprescindible para dicho ascenso. Existen otros supuestos en los que la edad queda reducida a este segundo aspecto de requisito. - Para ostentar una categoría se hace necesaria haber cumplido un número determinado de años, pero ello no quiere decir que cuantos se encuentran clasificados en la inferior deban ascender con motivo de su cumpleaños. Valgan como ejemplos los siguientes: en SIDEROMETALURGICA y TEXTIL, el oficial de primera administrativo debe tener cumplidos veinte años, (Anexo y art. 77), en CONSTRUCCION, no sólo el de primera, sino también el de segunda (Anexo 2), en INDUSTRIAS CARNICAS al oficial de primera administrativo se le exigen veinte años y al cobrador, veintiuno (Art. 14 y 23).

Una última consideración en relación con este tema es la de que no se trata de establecer discriminaciones injustas por razón de edad fundadas en la circunstancia de que los jóvenes suelen experimentar menores necesidades económicas porque no tienen una familia a su cargo. Se trata sencillamente de conferir consistencia legal a un hecho puramente biológico, cual es la inmadurez física y psíquica que normalmente impide un pleno rendimiento. El abuso puede nacer en el momento en que se exija a estos trabajadores un esfuerzo incompatible con su edad.

B) LA ANTIGÜEDAD

La antigüedad repercute en la categoría no sólo a través del sistema de ascensos, que será estudiado en su momento, sino en cuanto que a veces constituye un requisito para que el trabajador pueda ostentar determinadas categorías, cuya definición incluye como elemento esencial la referencia al tiempo de permanencia en la --

empresa. El tiempo a su vez puede ser considerado com requisito pa
ra ostentar la categoría o puede producir efectos automáticos, es
tableciéndose que el mero transcurso del mismo conlleva la adqui-
sición de la categoría. El primer supuesto es ya infrecuente en -
las Reglamentaciones, el segundo puede ser calificado de excepcio
nal. Podemos citar los siguientes casos:

COMERCIO, art. 25. En los establecimientos donde no exista -
más que un empleado administrativo, éste pasa a la categoría de -
Oficial a los cuatro años de actuar como Auxiliar.

CONSTRUCCION, anexo 2. Dentro del personal técnico de labora-
torio, distingue las categorías de analista de primera y de segun-
da, cuya única diferencia estriba en que al de primera se le exige
permanencia de tres años en la de segunda.

OFICINAS Y DESPACHOS. Art. 15. Los auxiliares con cinco años
en la categoría ascienden a oficiales de segunda.

HOSTELERIA. Art. 22. Los dependientes de mostrador de segunda
pasan, transcurrido un año en el desempeño uel cargo, a ocupar pla-
za de dependiente de primera.

El criterio de la antigüedad no contradice los elementos bási
cos que informan la clasificación profesional, o sea, la función -
realizada y la perfección con que se realiza, ya que se fundamenta
en la presunción de que el transcurso del tiempo en muchas clases
de trabajo necesariamente supone una mayor habilidad en su ejecu-
ción. Sin embargo la presunción de una mejor calidad del trabajo -
prestado requeriría tener en cuenta asimismo los servicios presta
dos en otras empresas, condición que no se da en ninguna Ordenanza.
Por ello puede pensarse que la elevación de categoría por el mero
transcurso del tiempo y sin cambio de función responde más bien a

una postura favorable a la carrera profesional del trabajador.

C) EL TITULO

Los títulos son certificaciones expedidas por la Autoridad competente para hacer constar que sus poseedores han demostrado estar capacitados para realizar los cometidos inherentes a los mismos. Son múltiples las disposiciones legales de carácter extra laboral que fijan las atribuciones de cada título y la ejecución de trabajos reservados a los titulados por quien no le sea implica una usurpación de funciones. Por tanto el título se configura como un requisito insoslayable para ostentar las categorías profesionales caracterizadas por la ejecución de tales trabajos(46). Sin embargo las Reglamentaciones deniegan a la posesión de títulos cualquier grado de automatismo en la adquisición de categorías profesionales. El dato básico es en todo caso el de la función corvenida y la efectivamente desarrollada. Si el trabajador no fue contratado en razón al título que posee y no realiza los cometidos correspondientes a dicho título, no puede pretender ser clasificado como titulado, la teoría es plenamente congruente con la de los elementos de la asignación de categoría, que en su momento será expuesta, y además recoge el fenómeno de la necesidad que muchos trabajadores tienen de dedicarse a funciones de inferior categoría a aquella en para la que están cualificados (47).

El tema ha gozado de un tratamiento amplio en nuestra juris

(46) VILLA. L.L.D.E. La "Esquemas de Derecho del Trabajo" (Apuntes de cátedra) Valencia, curso 1.971-2, pág. 302.

(47) GIUGNI, "Mansióni..." cit. pág. 50 alude a esta realidad, ca lificándola de "dura necesidad".

prudencia tanto judicial como administrativa. La doctrina legal unánimemente entiende que la asignación de categorías propias del personal titulado no procede de la mera posesión del título si no se realizan las funciones inherentes al mismo o si el trabajador no ha sido contratado precisamente en razón al título (48).

El criterio del título es recogido casi por todas las Reglamentaciones en relación con el expresamente denominado personal titulado. Algunas Reglamentaciones incluyen un grupo de personal titulado (p. ej. OFICINAS). Lo normal es que el personal titulado constituya un subgrupo dentro del grupo de los técnicos, los cuales suelen dividirse en técnicos titulados y no titulados o también en titulados de grado superior y de grado medio. La definición de las categorías profesionales del personal titulado suele hacerse mediante una remisión generica a las funciones para cuyo desempeño faculta el título. Valga como muestra la definición de la Ordenanza Siderometalúrgica: "Ingenieros, Arquitectos y Licenciados.- Son los que desempeñan funciones o trabajos para cuyo ejercicio están facultados por su título profesional, en virtud del contrato de trabajo concertado en razón de aquel título, siempre que ejerzan su cometido de una manera normal y regular". Excepcionalmente encontramos algunas categorías profesionales de titulados definidas con detalle. Así los Graduados Sociales en la misma Ordenanza Siderometalúrgica.

(48) Entre una larga lista de sentencias de posible cita pueden examinarse las siguientes: STS, CA, 8-11-67 (R. 4605), 14-12-68 (R. 5702), 23-4-70 (R. 2375), 2-1-71 (R. 110). Excepcionalmente, la STS, CA, 12-6-72 (R. 3170), otorga la categoría de Ayudante Técnico Titulado a quien sólo posee el de Maestro Industrial, si bien recalcando que ello se debe a las particularísimas circunstancias que concurren y a que el Convenio aplicable no preveía la clase de título requerido, aún cuando el que posee el trabajador no puede parangonarse a los que típicamente se consideran propios de Ayudantes Técnicos.

Al referirnos a los títulos nos hemos circunscrito a los de nivel superior, de concepción fácil y uniforme (los títulos que se adquieren finalizados los estudios en una Facultad Universitaria o Escuela Técnica Superior) ya a los de grado medio, de más dificultosa concreción por la diversidad de centros en que pueden adquirirse. Se prestaría a confusiones abordar el tema desde una -- perspectiva distinta de la contemplada por las Reglamentaciones -- de Trabajo, las cuales cuando se refieren al personal titulado -- circunscriben su consideración a los títulos citados.

Lo cierto es, sin embargo, que existen otros muchos títulos de inferior nivel, cuya caracterización más que por el grado de cultura y de capacitación técnica que presuponen tiene dada por -- la circunstancia de que su posesión no es excluyente para el ejercicio de una determinada función. Para figurar como ingeniero en la nómina de una empresa resulta imprescindible el título de ingeniero; para figurar como oficial de primera no es condición necesaria el ostentar el correspondiente título expedido por un centro docente.

En estos niveles inferiores se atribuye mayor importancia que a los títulos propiamente dichos a determinados permisos que habilitan para el ejercicio de una profesión o tarea, entre los cuales ocupa destacado lugar el permiso de conducción de vehículos de motor, si bien, existen otros como el de guarda jurado.

D) IMPORTANCIA DE LA EMPRESA

La importancia de la empresa o del centro de trabajo en que se prestan las funciones puede ser decisiva para la valoración de estas o puede resultar irrelevante. Determinados trabajos se reali

zan de idéntica manera en un pequeño taller o en una gigantesca factoría industrial. Otros muchos revisten crecientes dificultad y responsabilidad según es más complejo el establecimiento en que se ejecutan. Por último hay trabajos cuya misma realización o no realización depende de la importancia de la empresa (49).

Cuando las Reglamentaciones de trabajo, con absoluta uniformidad, establecen que las clasificaciones del personal que consignan son meramente enunciativas y no suponen la obligación de tener cubiertas todas las plazas si las necesidades y volumen de la empresa no lo requieren, reconocen expresamente la repercusión -- ejercida sobre la categoría profesional por la variedad de procesos técnicos, de sistemas de organización y de dimensiones de las empresas. De acuerdo con estas circunstancias las categorías enunciadas pueden existir o no y además pueden presentar un perfil -- muy diferente en una u otra empresa. La importancia de un establecimiento fácil de medir y por supuesto no existe ninguna barrera que delimite en cualquier caso objetivamente cuando es más o menos importante. Las Reglamentaciones que utilizan el criterio de la importancia del centro de trabajo para definir alguna categoría profesional acuden a diversos datos de fácil constatación que reflejar esta importancia. Hemos encontrado los siguientes:

a) Número de trabajadores: La Ordenanza Textil, art. 70, cla_

(49) GIUGLI, "Mansioni..."cit pág. 21, ha puesto de manifiesto la trascendencia de la dimensión de la empresa para interpretar la voluntad de las partes en relación a la actividad convenida en ausencia de unas declaraciones inequívocas.

sifica a los Jefes de Personal en tres categorías según que la empresa cuente con más de ochocientos trabajadores, más de doscientos cincuenta o menos de esta cifra.

La Ordenanza para las Industrias VINICOLAS, arts. 13 y 15, - incluye en la definición de los Jefes Superiores en los grupos técnico y comercial la exigencia de que los trabajadores a sus órdenes rebasen la cifra de trescientos y doscientos respectivamente.

La Ordenanza del ACEITE (Anexo I) exige la existencia de un Encargado de Sección siempre que en ella trabajen treinta personas. Si este número es menor un mismo Encargado puede atender varias.

En SIDEROMETALURGIA (Anexo 2,) el Cajero tiene categoría de Jefe de primera en empresas con más de 1.000 trabajadores; de Jefe de segunda, en empresas de más de 250, y de Oficial de primera en empresas de menor número de trabajadores.

El dato del número de trabajadores no es acogido de idéntica manera en los distintos supuestos enunciados.

- En SIDERO (Cajero) aparece como un indicio estricto de la importancia de la empresa. El cajero tiene funciones de pago al personal, que se ven directamente afectadas por el número de trabajadores. Pero sus cometidos son también otros que no guardan proporción estrictamente directa con la plantilla de personal.⁽⁴⁹⁾ Por tanto el número de trabajadores no es módulo directo del trabajo del cajero sino índice del volumen e importancia de sus cometidos en general

- En otros casos el número de trabajadores si que es directamente determinante de la importancia del puesto. De forma muy clara se aprecia esta cualidad en las categorías caracterizadas por

la función de mando.

b) Volumen de las instalaciones. La Ordenanza para las Industrias de ENERGIA ELECTRICA, art. 6º enuncia expresamente el principio de que la importancia de las instalaciones de producción, transformación o control determina la categoría profesional de algunos puestos de trabajo y por ello establece una clasificación de instalaciones a estos efectos. Las centrales generadoras se clasifican según su potencia medida en MVA; las estaciones transformadoras, según la potencia de transformación en coordinación con otros datos complementarios; los despachos de explotación, según el movimiento anual de energía controlada. Las categorías profesionales afectadas por esta clasificación son las de todos los trabajadores que se encuentran al frente de las instalaciones.

E) LA PELIGROSIDAD

También puede encontrarse alguna Reglamentación que introduce la peligrosidad como criterio para configurar la categoría profesional. Así la de CONSTRUCCION en relación con el peón especialista (50). Entendemos que se incurre en una falta de técnica, ya que la peligrosidad puede y debe ser valorada en relación con los puestos de trabajo y no con la categoría profesional.

6. LA UNIFORMIDAD EN LA DENOMINACION Y DEFINICION DE LAS CATEGORIAS PROFESIONALES.

6.1. EL PROBLEMA DE LA UNIFORMIDAD.

Las normas de carácter sectorial tienen su razón de ser en la

(49) Custodia de caudales y confección de presupuestos de documentos relacionados con la caja.

(50) Son peones especializados "los dedicados a funciones concretas y determinadas que, son constituir un oficio, exigen, sin embargo, cierta práctica y especialidad o atención a aquellos trabajos que impliquen peligrosidad.

diversidad de situaciones existentes en el ámbito de las relaciones laborales. Frente al principio jurídico de la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, que en materia laboral parece a primera vista que debiera manifestarse en la igualdad de condiciones laborales de todos los trabajadores, nos encontramos con la realidad de la enorme complejidad de los procesos productivos, cada uno de los cuales en muchos aspectos requiere una consideración individualizada, y el dato de extraordinaria relevancia de que en un momento dado cada sector ocupa una posición económica y de negociación diferenciada y por tanto no todos pueden o están dispuestos a reconocer idénticas ventajas a los trabajadores. La clasificación en categorías que se basa en la diferenciación de funciones y que además tiene una repercusión directa en la retribución y en otros aspectos de la relación laboral no puede sustituirse del fenómeno generalizado de la consideración independiente en cada sector profesional.

Sin embargo, existen muchas tareas comunes a todos o gran parte de los sectores económicos. Además muchas ocupaciones, aún siendo diferentes en cada sector, son susceptibles de una regulación coordinada que tenga en cuenta unos criterios básicos de clasificación profesional.

Son numerosos los recursos que pueden emplearse para un tratamiento parcialmente unitario de las categorías profesionales. Vamos a enumerar los fundamentales:

a) La promulgación de una disposición de ámbito interprofesional donde se recojan las categorías cuyos cometidos son independientes de la actividad económica de la empresa. Concorre esta

circunstancia en las que suelen englobarse dentro de la denominación general de personal técnico, administrativo y subalterno. Así vemos que las ocupaciones del Letrado, del Auxiliar Administrativo y del Vigilante no son distintas en empresas cuyos procesos productivos son distintos.

b) La remisión a disposiciones que regulen la actividad donde la ocupación es desempeñada con carácter habitual. Es frecuente el hecho de que ciertas tareas se ejecuten habitualmente en empresas pertenecientes a determinado sector y que excepcionalmente se desarrollen en las de otros sectores. La imposibilidad de prever todas las hipótesis que pueden presentarse de este fenómeno y la dificultad que entraña definir y valorar profesiones distintas de aquellas con las que se tiene contacto continuo aconsejan admitir las categorías reconocidas en sectores donde dichas profesiones se desempeñan habitualmente.⁽⁵¹⁾ Las categorías de personal de economatos, personal de cocina que prepara las comidas -- que se sirven en comedores de empresa, fotógrafos, mecánicos son algunas de las que quedarían afectados por las normas de remisión. Lógicamente la remisión en cuanto a la definición y contenido de la categoría no afectaría a la regulación salarial.

c) El establecimiento con arreglo a criterios uniformes de grupos y subgrupos profesionales que formen un esquema unitario -

(51) MARAVALL CASESNOVES, H. "División del Trabajo..." cit. pág 42 hizo notar los inconvenientes de definir una categoría fuera del ámbito en que normalmente se desarrolla, con peligro de que "carezcan algunas veces del delicado matiz que encontrarían de hacer la definición profesional de un oficio por la reglamentación nacional de trabajo específica del mismo".

que posteriormente sea relleno por las normas de carácter secto
rial.

Las ventajas que ofrecen unas denominaciones unívocas, unas definiciones coincidentes y unas directrices generales en la ela
boración de categorías profesionales son numerosas.

a) Agilidad en la actuación de los servicios de empleo y de los trabajadores y empleadores que acuden al mercado de trabajo.

b) Mayor facilidad en la recogida y tratamiento de datos es
tadísticos. Cuando no existe uniformidad, cualquier toma de datos o cualquier comparación requiere una previa conversión de las categorías existentes en categorías comunes. Este proceso es laborioso y está sometido al riesgo de que las apreciaciones de quienes lo efectúan no coincidan con las de quienes han de conocer y tener en cuenta dichos datos.

c) Ahorro de esfuerzos innecesarios en la redacción de normas profesionales, ya que pueden utilizarse las categorías comunes mediante una remisión a las mismas.

d) Se propicia una elaboración correcta de las categorías al poder ser encomendar a técnicos no agobiados por la urgencia de redactar unas normas profesionales, tanto más cuanto que en la ela
boración de estas suele ocurrir que se dedica atención preferente al juego de los intereses contrapuestos que se debaten, relegando a un segundo plano los aspectos técnico y formal.

e) Resulta más accesible el conocimiento de la materia para todos los interesados.

f) Las interpretaciones administrativas y jurisprudenciales, que tanto ayudan a aclarar los límites casi siempre imprecisos de las categorías profesionales, son válidos para muchas actividades

y no sólo para aquellas en las que se haya planteado la cuestión debatida. Se propicia así la aparición de una auténtica doctrina legal.

6.2. REALIZACIONES HACIA LA UNIFORMIDAD

6.2.1. A NIVEL INTERNACIONAL

A nivel internacional el tema de una clasificación uniforme de ocupaciones ha sido considerado ampliamente por la Organización Internacional del Trabajo. Surgió la idea en 1.923, año en que la primera Conferencia Internacional de Estadígrafos del Trabajo reunida en Ginebra bajo los auspicios de la OIT, adoptó una resolución por la que se solicitaba que los censos de cada país incluyesen una clasificación de la población activa por ocupaciones. En 1.947 la sexta Conferencia Internacional de Estadígrafos pidió a la OIT que estudiara los problemas de una clasificación uniforme de ocupaciones y en los años siguientes, concretamente en las reuniones de 1.949, 1.954 y 1.957 prosiguió la consideración del tema aprobándose una clasificación de ocupaciones que se estructuraron en diez grandes grupos. Al margen de esta iniciativa surgió apremiante la necesidad de una clasificación uniforme a partir de 1.950 en que Canadá y Australia estimulaban la emigración de europeos - que poseyeran determinadas calificaciones que era necesario designar, con términos unívocos. (52)

El tema de la uniformidad se ha planteado en la mayoría de los

(52): Un estudio de los trabajos y criterios seguidos en la elaboración de la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones - puede consultarse en HOWARD S. CARPENTER, en "Clasificación Internacional de las profesiones para las migraciones y la colocación de trabajadores", en Rev. Inter, del Tr. febr. 1.954, pág. 121

países más avanzados. En Fencia los primeros intentos para elaborar un repertorio de profesiones datan de 1.936 y 1.947. En 1.955 se publica un diccionario de oficios y empleos, reeditándose con ligeras modificaciones en 1.962 y 1.968 (53).

En Italia un Diccionario de las profesiones fue editado en 1.966, por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

6.2.2. LA UNIFORMIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En el Derecho del Trabajo español se advierte la ausencia de una norma que regule con carácter general para todas las actividades la clasificación profesional. Sólo a través de normas sectoriales se ha abordado esta materia. En Reglamentaciones y Convenios aparecen principios análogos pero con notables diferencias en cada norma. La falta de uniformidad puede comprobarse en los tres elementos básicos que forman el contenido de la categoría: la denominación, la definición y la calificación.

a) Nomenclatura: Quienes realizan una misma función deberían ser designados con idéntico nombre para evitar confusiones. En las Reglamentaciones encontramos, sin embargo, a veces denominaciones utilizadas con un significado distinto del usual. Por ejemplo, el Conserje en la generalidad de las Reglamentaciones es quien tiene a su cargo la vigilancia y disciplina de un grupo de subalternos y el portero quien vigila los accesos a los locales de la empresa. Extrañamente la Ordenanza de OFICINAS denomina conserje mayor al

(53) Una descripción de los trabajos efectuados en este país y de los problemas que plantea puede encontrarse en G. LATREILLE "Métier et profession: réflexions sur quelques nomenclatures et classements".

responsable de los servicios subalternos y conserje a quien vigi
la las puertas. (art. 11).

b) Definición: El diferente contenido atribuido a categorías de idéntica denominación y análogo significado es fácilmente ~~com~~ comprobable con sólo fijarse en una categoría y examinar su defi nición en diversas Reglamentaciones. Puede ser significativa la comparación de las definiciones del Maestro en las Ordenanzas de ACEITE, Anexo I, QUÍMICAS, Anexo I, SIDEROMETALURGICA, Anexo II y TEXTIL, art. 74. Todas ellas se refieren a funciones similares, pero todas difieren en su definición.

c) Calificación: Las categorías que contienen como elemento caracterizador una referencia expresa al grado de dificultad de - las tareas encomendadas deberían otorgar al grado de conocimientos y habilidad exigible una valoración uniforme o al menos similar. Si bien resulta casi imposible aplicar unos criterios objetivos comunes a la valoración de tareas diferentes, no ocurre así cuando la función es idéntica a pesar de que se realice en empresas que desarrollan actividades económicas diferentes. El examen de este aspecto en la clasificación profesional realizada por las Reglamenta ciones muestra posturas de una divergencia asombrosa. Baste un - ejemplo que consideramos sobradamente significativo:

Las funciones que se toman para servir de pauta a comparacione s entre diversas Reglamentaciones deben reunir el doble requisito de entrañar un contenido idéntico y de ser susceptibles de una valoración objetiva. Concurren ambas circunstancias en la misión - del taquimecanógrafo en idioma nacional que nos sirve para comproba r la disparidad de jerarquización de funciones en las Reglamenta

ciones. Si examinamos las principales, podemos observar lo siguiente:

- Algunas no mencionan esta ocupación profesional, concretamente HOSTELERIA, MADERA y TEXTIL.

- Las de ACEITE, ALIMENTACION, QUIMICAS, TRANSPORTE y VINICOLAS le califican de Oficial de segunda en todo caso sin tomar en consideración la rapidez con que efectúa su trabajo.

- Puede ser clasificado como oficial de primera en ARTES GRAFICAS y SIDEROMETALURGIA, siempre que tome al dictado cien palabras por minuto, traduciéndolas directamente a máquina en ocho. En OFICINAS para ser considerado oficial de primera ha de tomar ciento treinta palabras por minuto.

- Para los oficiales de segunda exigen ciento quince palabras CONSTRUCCION, cien BEBIDAS y CARNICAS; ochenta ARTES GRAFICAS y SIDEROMETALURGICA.

- En COMERCIO es oficial, no especifica de qué grado, quien tome más de ciento veinte palabras y auxiliar quien tome menos de esta cantidad y más de ochenta; en ARTES GRAFICAS Y SIDEROMETALURGIA se califica de auxiliar a quien tome menos de ochenta.

La ausencia de criterios uniforme sobre la clasificación profesional lógicamente han sido advertida en España y han surgido diversos intentos de elaborar una relación de empleos agrupados sistemáticamente. La Ley de Reglamentaciones de 16 de octubre de 1.942, art. 11. impuso las definiciones de todas y cada una de las especialidades profesionales como necesario contenido de las Reglamentaciones y en cumplimiento de este precepto en los siguientes años se pudo contar con una enumeración de categorías bastante completa. Sin embargo, aún cuando las Reglamentaciones se copiaron unas a otras en es-

ta materia, la ausencia de unos criterios uniformes impide que la yuxtaposición de las categorías de cada reglamentación llegase a - constituir un elenco sistemático de carácter nacional. Esto explica asimismo que sucesivos intentos de clasificar las ocupaciones tomando como punto de partida las Reglamentaciones no hayan alcanzado un éxito completo.

En 1.946 el Congreso de Estudios Sociales elaboró un Vocabulario de Oficios y Profesiones. El Instituto Nacional de Estadística por su parte elaboró asimismo la "Clasificación Nacional de Ocupaciones", aprobada con carácter provisional por Orden de la Presidencia del Gobierno de fecha 20 de febrero de 1.961, con la finalidad de ofrecer una clasificación sistemática que permita codificar cualquier voz que exprese una ocupación de carácter económico y facilite la comparación en el orden nacional y con los datos de las demás naciones" (54). Esta Clasificación Nacional se basa en la Clasificación Internacional si bien trata de adaptarla a las características del trabajo y del léxico en nuestro país, para lo cual se añaden "voces laborales típicas de ámbito nacional" y se eliminan las "internacionales que no tienen cabida en nuestras actividades económicas nacionales" (55).

Por Decreto de 9 de mayo de 1.958 se crea en el Ministerio de Trabajo la Dirección General de Empleo, y al pretender iniciar una etapa en la política de empleo más intensa y con un control más directo desde el Ministerio, se hace sentir

(54) "CLASIFICACION NACIONAL DE OCUPACIONES", Madrid, 1.961, pág 6

(55) Idem pág. 8

inmediatamente la necesidad de contar con el instrumento de las relaciones pormenorizadas de los empleos. El Reglamento de aplicación de la Ley de Colocación de 10 de febrero de 1.943, aprobado por Decreto de 9 de julio de 1.959, en su artículo 85 crea el nomenclator nacional de oficios y profesiones (56). El nomenclator debería sujetarse a las Reglamentaciones de Trabajo y ajustarse en lo posible a la calificación internacional.

La Dirección General de Empleo abordó inmediatamente la tarea y como fruto de estos trabajos nació el Vocabulario de Ocupaciones, aprobado por Resolución de 1 de octubre de 1.963 con la consideración de anteproyecto del nomenclator nacional que se presentaba a información no sólo de los órganos cuya audiencia era preceptiva - según el Reglamento de Colocación (Organización Sindical y Ministerios de Agricultura e Industria) sino de la opinión pública en general. El Vocabulario define y clasifica alrededor de diez mil profesiones siguiendo las pautas marcadas de respetar las Reglamentaciones y la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones que había sido aprobada en el año 1.958, más también la Clasificación Nacional de 1.961.

El carácter de provisionalidad y de primer paso para la elaboración definitiva del Nomenclator señalado en la propia disposición que aprobó el Vocabulario hacía prever una pronta actualización y redacción definitiva del Nomenclator. Mas no fue así. La actividad

(56)Art. 85 "Para la debida calificación profesional de los trabajadores deberá ser confeccionado un nomenclator nacional que contendrá las definiciones de los oficios y profesiones con las correspondientes categorías, señalando de modo conciso los cometidos correspondientes y especificando la clase de conocimientos y prácticas precisas, para ser conceptuados con capacidad profesional dentro de cada una de las calificaciones laborales".

oficial en esta materia se paralizó hasta el año 1.974 en que se aborda la publicación del Nomenclator por medio de fascículos independientes para cada actividad, acotada según el ámbito de las Reglamentaciones (57). Cada una de las ocupaciones comprende los apartados siguientes:

- 1) Definición de la ocupación. 2) Categoría según la Reglamentación u Ordenanza aplicable, con indicación del grupo profesional, y en su caso subgrupo, en que se incluye. 3) El nivel educativo exigible actualmente y el que previsiblemente se exigirá cuando se implante plenamente la Ley General de Educación de
- 4) El nivel ocupacional dentro de una serie escalonada que va del 0 al 9. 5) Indicación de la clave que a cada empleo corresponde en la Clasificación Nacional de Ocupaciones y en la Internacional.

En 1.976 el Servicio Sindical de Colocación, a cargo del cual estaban las oficinas de Colocación hasta el citado año, publicó -- una Clasificación de Ocupaciones que comprende una relación sistemática y otra alfabética de las mismas, pero omitiendo la definición. Sigue la pauta de la CNIUO

El nomenclator se basa en las Reglamentaciones y dadas las imperfecciones técnicas que estas contienen difícilmente podrá servir para alcanzar una auténtica uniformidad y sistematización de categorías.

7. ENUMERACION Y AGRUPACION DE CATEGORIAS

7.1. ENUMERACION DE CATEGORIAS

La categoría profesional implica que la acotación y defini--

(57) Después de aparecer los fascículos correspondientes a unas veinticinco actividades se interrumpió la publicación. En el año se reanuda la publicación de fascículos.

ción de la misma se realiza con carácter previo a su atribución a cada trabajador según el puesto de trabajo que desempeña. Por tanto debe confeccionarse una lista de categorías que tome en consideración las tareas de posible realización. La decisión sobre el número de categorías en las que puedan clasificarse los trabajadores ha de tender a un equilibrio entre la enumeración casi interminable de posibles tareas a realizar y la reducción excesiva de las mismas por la vía de ampliar su contenido. En el primer supuesto no se alcanzaría la generalización inherente al propio concepto de categoría profesional y en el segundo las categorías resultarían excesivamente alejadas de la realidad. La pretensión de establecer unas categorías profesionales en las que puedan ser clasificados todos los trabajadores sólo puede alcanzar éxito si se renuncia a considerar ocupaciones autónomas las diversas tareas - que comprende cada función, aún cuando la extensión creciente de la automatización y del fenómeno de la división del trabajo hace cada vez más frecuente el que una sola o muy pocas tareas constituyan el trabajo habitual de muchas personas. Por ejemplo, un ebanista es el trabajador que hace y repara muebles de buena calidad con toda clase de herramientas. Es un experto en el manejo de la madera y realiza tareas muy complejas. Cada una de ellas en la mayoría de las fábricas son realizadas por distintos operarios, con lo cual la ocupación del ebanista se descompone en otras muchas - (aserrador, tronizador, ajustador de máquinas para madera, operador de cepilladora, de desbastadora, de tornos, etc). A su vez un ajustador-operador de tornos puede especializarse en determinados tipos de máquinas dando origen a una nueva ocupación con su correspondiente denominación. Se ve cómo las categorías profesionales -

pueden multiplicarse casi indefinidamente por el procedimiento de la división de tareas. (58). Confeccionar un catálogo de categorías profesionales coincidentes con los posibles puestos de trabajo es tarea inalcanzable. Los mismos ejemplos sirven para ilustrar sobre la inoperancia de una clasificación de categorías que no descordiera del nivel del ebanista, pues obligaría a otorgar la misma categoría a trabajadores que desempeñan funciones muy dispares.

Cabe utilizar tres métodos básicos en la enumeración de categorías profesionales:

a) Relación de ocupaciones prescindiendo de cualquier conexión entre ellas. Se enumeran las profesiones y ocupaciones a que se dedican las personas unas a continuación de otras sin sujeción a unos principios sistemáticos.

Lo normal es que se ordenene alfabéticamente elaborándose un diccionario de ocupaciones. En España ha seguido este método, si bien combinándolo con el que se describe en el apartado siguiente, el "Vocabulario de Ocupaciones", aprobado por Resolución de la Dirección General de Empleo de 1 de octubre de 1.963.

b) Enumeración de ocupaciones atendiendo a las tareas que les son propias y prescindiendo de la actividad en que se desarrollan. Se enuncian las ocupaciones agrupando sistemáticamente las que presentar afinidades. La rama de actividad no se toma en consideración a no ser indirectamente en cuanto que determinadas ramas implican categorías exclusivas. Este es el sistema seguido por la Clasifica

(58) Los ejemplos citados están tomados de la Clasificación Internacional de Ocupaciones.

ción Internacional Uniforme de Ocupaciones.

El Vocabulario de Ocupaciones español de 1.963 clasifica las categorías siguiendo en lo fundamental la estructura de la Clasificación Internacional y las definiciones las relaciona por orden alfabético incluyendo no sólo las que previamente ha sistematizado, sino otras muchas.

c) Relación de categorías propias de cada sector de actividades económica. Parte de una clasificación de las actividades económicas en relación a las cuales se enumeran y definen las posibles ocupaciones. Tiene la ventaja de que facilita una mayor concreción de las categorías, pero dificulta otras finalidades atribuidas a la categoría, señaladamente las relacionadas con la política de empleo. Se acomoda a este método el derecho laboral español contenido en las Reglamentaciones y Convenios, así como el Nomenclator de la Dirección General de Empleo.

Los tres métodos descritos no son excluyentes. Hemos hecho notar que el Vocabulario de Ocupaciones de 1.963 (orientativo y no de aplicación coactiva) adopta simultaneamente el primero y segundo. Entendemos que lo deseable es un sistema que comprenda los tres métodos, ya que así se favorece la uniformidad en la definición, contenido y sistematización de categorías, cuyas ventajas hemos expuesto ya.

7.2. LOS GRUPOS PROFESIONALES

La mera yuxtaposición de categorías compone un cuadro de categorías, pero sin llegar a un sistema de categorías. La sistematización requiere que las categorías sean relacionadas entre sí y agrupadas en razón a criterios lógicos. Este proceso ha de resolver --

previamente dos cuestiones: las características comunes que han de servir de referencia a la especificación de grupos y el número de divisiones y subdivisiones de los mismos.

El número de escalones en la agrupación de categorías debe buscar ante todo la claridad. En cuanto al otro aspecto, cabe señalar que la agrupación de categorías puede efectuarse tomando como punto de referencia dos elementos básicos: la semejanza de tareas y el nivel de calificación. (59). La agrupación por familias tiene aplicación predominante en la política de empleo, mientras que la agrupación por grados de dificultad o de cualidades exigibles se utiliza fundamentalmente como base de sistemas salariales . El criterio más utilizado es el de la semejanza de tareas. La clasificación Internacional de Ocupaciones deja de lado las calificaciones profesionales propiamente dichas, por considerar que no son absolutas y por entender que su medición es cuestión de criterio subjetivo. Sin embargo con referencia a la misma se ha afirmado la posibili--

(59) A.N. VAN MILL "La clasificación de profesiones en los Países Bajos", en Rev. Inter. Tr., feb. 1.949, pág. 165 "Las profesiones - pueden clasificarse según este criterio en diversas formas: pueden ser clasificadas por "familias" dentro de las cuales es posible una cierta intercambiabilidad, lo que posibilita la movilidad de la mano de obra... Pueden asimismo ser clasificadas por categorías según su valor o su dificultad, a los fines de la determinación de las tarifas de salarios, y pueden también concebirse otros métodos de clasificación".

(60) S. WICKHAM "Las diversas calificaciones profesionales y su demanda futura", en Rev. Inter. Tra., enero 1.966, pág. 113 "En toda aproximación preliminar parece posible, sea cual fuere el nivel de desarrollo del país considerado, reagrupar las 1.300 ocupaciones mencionadas en la C.I.U.O. en cuatro niveles de clasificación por orden decreciente de calificación exigidas: 1) personal de dirección y expertos; 2) sobrestantes y capataces; 3) trabajadores calificados; 4) trabajadores no calificados. Parece necesario establecer una distinción, por lo menos dentro de cada nivel, entre las ocupaciones técnicas (obreros e ingenieros) y las ocupaciones administrativas o comerciales (empleados y jefes no técnicos). Se llega así a una subdivisión básica en diez o doce categorías fundamentales de calificación.

dad de una agrupación de niveles de calificación (60). En España ha seguido esta vía el Nomenclator comenzado a publicar a partir de 1.974. Se diferencian diez niveles ocupacionales a los que se adscriben todas las profesiones u oficios teniendo en cuenta las definiciones de la ocupación y el nivel educativo exigido. Los niveles son: 0. Directivo.- 1. Técnico superior y asimilado.- 2. Técnico Medio y asimilado.- 3. Empleado Superior y asimilado.- 4. Empleado Medio y asimilado.- 5. Empleado.- 6. Maestro, Capataz y Técnico asimilado.- 7. Profesional de oficio.- 8. Personal semicalificado.- 9. Personal no calificado.

Los grupos profesionales repercuten sobre los siguientes aspectos:

a) La elaboración de estadísticas y las comparaciones nacionales e internacionales resultan excesivamente complejas si deben realizarse descendiendo hasta el detalle de la categoría profesional.

b) Algunos de los efectos otorgados por diversas normas a la clasificación profesional tienen en cuenta los grupos profesionales (por ejemplo, distinción entre obreros y empleados a efectos fiscales; diferenciación entre trabajadores y técnicos en la legislación sindical, etc.).

c) La prestación exigible al trabajador no queda delimitada estrictamente por la categoría profesional. En ocasiones la realización de trabajos de superior o inferior o sencillamente distinta categoría amplía el ámbito inicialmente fijado. En la difícil operación de fijar este ámbito en supuestos concretos un sistema correcto de grupos profesionales puede aportar elementos esclarecedores.

d) La movilidad ascendente del trabajador a través del ascenso

resulta más racional si sigue un camino prefijado enmarcado dentro del grupo profesional.

La clasificación de los trabajadores en las Reglamentaciones se efectúa asignándoles un grupo y una categoría. En ausencia de una disposición general que contenga los grupos, las Reglamentaciones no coinciden en su enumeración. Los más repetidos son los de personal técnico, administrativo, subalterno y obrero (61).

- Recogen los cuatro grupos citados sin ninguna modificación las Ordenanzas de ARTES GRAFICAS, BEBIDAS y CARNICAS.

- Algunas desdoblan alguno de estos grupos: MADERA divide a los obreros en personal de monte y de fábrica o taller; TRANSPORTES, en personal de movimiento y de talleres; SIDEROMETALURGICA - diferencia los grupos de técnicos titulados y no titulados; COMERCIO y CONSTRUCCION dentro del personal obrero forman un grupo independiente con el personal denominado de oficios auxiliares; el personal mercantil, encuadrado en la generalidad de las Reglamentaciones en el grupo administrativo, tiene consideración de grupo independiente en las Ordenanzas de ALIMENTACION, COMERCIO, TEXTIL y VINICOLAS.

- En otras Ordenanzas aparece un grupo de empleados, que engloba al personal administrativo y de ventas (ACEITE Y QUIMICAS) o a esta personal y a la dirección de personal, a los técnicos no titulados y a los subalternos (CONSTRUCCION).

La sola constatación de tal variedad en el tratamiento de los

(61) TORRES MESA "Aspectos de la relación laboral. La clasificación profesional del trabajador", Rev. de Tra. nº 10 , 1.953, pág. 1026.

grupos profesionales por las Ordenanzas es suficiente para desistír de la búsqueda de unos principios informadores en esta materia. Incluso en Reglamentaciones cuyos grupos coinciden, al menos parcialmente, puede ocurrir que una misma categoría se encuadre en grupos distintos. Particularmente significativa en este sentido es la categoría de telefonista cuyo encuadramiento en los grupos de personal administrativo y subalterno oscila según las Ordenanzas. Los conductores de vehículos son considerados obreros en casi todas la Ordenanzas y subalternos en algunas, concretamente MADERA y SIDEROMETALURGIA.

En cuanto a la subdivisión de los grupos tampoco existe uniformidad en las Reglamentaciones. Predomina la utilización de dos niveles, el grupo y el subgrupo, pero no es infrecuente que las categorías se encuadren directamente en los grupos incluso en las Ordenanzas que utilizan subgrupos no aplican la subdivisión a todos los grupos.

LAS FUENTES DE CLASIFICACION PROFESIONAL.

=====

La clasificación profesional constituye una parcela dentro del campo jurídico especializado del Derecho del Trabajo y las fuentes de aquél : necesariamente deben coincidir con las de éste. No es preciso, por tanto, elaborar o repetir la teoría de las fuentes en general tal como se desarrolla en cualquier manual de derecho civil o administrativo o de las fuentes del Derecho del Trabajo que se aborda, a su vez en cualquier manual de esta disciplina (1). Nos limitaremos a resaltar aquellos aspectos que ofrecen específica relevancia en el ámbito de la clasificación profesional.

En este capítulo partimos de la exigencia de unas normas que regulen la clasificación profesional, nos adentramos en el examen de dichas normas y por último abordamos el problema de clasificación profesional en aquellos supuestos en que la función desarrollada por el trabajador no encaja en ninguna de las categorías previstas.

1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CLASIFICACION PROFESIONAL.

El estudio de la noción de clasificación profesional nos ha llevado a considerar como inherente a la misma el requisito de su inserción en una norma previa al acto de clasificación profesional o de atribución de la categoría a cada trabajador en particular. Si la delimitación del contenido y de los efectos de las ocupaciones se realizase individualmente con cada trabajador que las desempeña no podría hablarse de una clasificación en categorías y desde luego no se alcanzarían los fines que persigue dicha clasificación. La incorporación de este criterio a la normativa aplicable configura un auténtico principio de legalidad en materia de clasificación

(1) Conf., entre muchos, CASTRO Y BRAVO, F. "Derecho Civil de España: Introducción al Derecho Civil" 3ª ed. Madrid 1.955; GARRIDO FALLA, F. "Tratado de Derecho Administrativo" 3ª ed. Madrid 1.973; ALONSO OLEA, M. "Introducción al Derecho del Trabajo" 2ª ed. Madrid 1.967; y "Derecho del Trabajo" 4ª ed. Madrid 1.976; BAYON CHACON y PEREZ BOTIJA "Manual de Derecho del Trabajo" 6ª ed. Madrid 1.966; BORRAJO DA CRUZ "Introducción al Derecho del Trabajo" 4ª ed. Madrid 1.975.

profesional, principio que ha sido adoptado por nuestro derecho positivo, fundamentalmente a través de las Reglamentaciones, y subrayado por la jurisprudencia (2).

2.DISPOSICIONES REGULADORAS DE LA CLASIFICACION PROFESIONAL.

2.1.DISPOSICIONES DE CARACTER INTERPROFESIONAL.

Los aspectos sustantivos de la clasificación profesional no han sido regulados en nuestro derecho por disposiciones aplicables a todos los trabajadores con independencia de la rama de actividad en que prestan servicios. La Ley de Contrato de Trabajo únicamente "intuye el tema y se refiere a él episódica e incidentalmente".....; pero carece de una regulación ni siquiera incipiente sobre tan importante materia, con lo que la desplaza hacia las reglamentaciones de trabajo y los convenios colectivos "(3).

El Decreto de 1 de febrero de 1.962, art.5 y su sucesor el Decreto de 20 de agosto de 1.970, art.1, sobre derechos laborales de la mujer, determinaron y prohibieron cualquier discriminación de la mujer en materia de clasificación profesional. Algunas normas han sido promulgadas para defender un cierto nivel de clasificación para ciertos profesionales (4). Asimismo determinadas disposiciones protectoras de colectivos laborales con dificultades especiales de colocación rozan incidentalmente el tema de la clasificación al establecer reglas sobre plantillas y cupos preferentes (5). Por último debe citarse la normativa referente

(2) Existe abundante jurisprudencia que avala este criterio. Entre otras muchas cabe citar las siguientes: S.T.S.CA, de 21-11-66 (R.5671) "Para que prospere una pretensión obrera de clasificación en una categoría determinada, la primera exigencia legal es que ésta se halle legalmente establecida en la Reglamentación laboral o en el Convenio Sindical correspondiente". STS.CA, de 19-4-72 (R.2243) "Conforme a constante doctrina del Tribunal Supremo, las categorías profesionales no se crean por las empresas ni nacen por el uso, sino que se establecen por la Ley en garantía de los derechos del propio personal que en ellas prestan sus servicios". En el mismo sentido la Jurisprudencia administrativa. Así R.DGOT.24-5-65 (citada en Jurisprudencia Laboral, Madrid.1966, nº.200), 6-3-72 (citada por AYERRA en "Ordenanza Siderometalúrgica", 5ª ed.Madrid 1.975, pág.74.

(3) ALONSO OLEA en "Derecho del Trabajo" cit.pág.172, cita los arts.16, 64 y 75 de la Ley. Puede añadirse el art.6, que al enumerar los trabajadores por cuenta ajena, traza el esquema de una incompleta y desordenada relación de categorías.

(4) Así para los Graduados Sociales la Orden 25-9-71 y para los Asistentes Sociales la Orden de 25-10-66.

(5) Ley de Rel.Lab., art.13 y Decretos de 30-4-70 y 22-8-70.

a la colocación de los trabajadores en la que se aborda el tema de la clasificación extraempresarial de los trabajadores y de la cartilla profesional(6). Entre estas normas ocupa lugar destacado la Ley de Colocación promulgada en 10 de febrero de 1.943 y que no fué reglamentada hasta el 9 de julio de 1.959. El Decreto Ley de 22 de marzo de 1.975 sobre Servicios de Empleo que encomendó la gestión de los mismos íntegramente al Ministerio de Trabajo hace difícil dilucidar cuáles son los preceptos de la legislación en materia de colocación que subsisten. En lo que se refiere a la clasificación de los trabajadores la solución del problema reviste escaso interés ya que en este aspecto concreto nunca ha estado realmente vigente, debido al caso omiso que de ella ha hecho la propia Administración.

Las posibilidades y limitaciones de una normativa interprofesional en materia de clasificación profesional han sido abordadas al tratar de la clasificación uniforme de ocupaciones. Los argumentos allí expuestos se ceñían a la consideración de las categorías profesionales, mas son extensibles a todos los aspectos de la clasificación profesional, tales como ascensos, trabajos de inferior o superiores categoría, plantillas y escalafones, etc. Una regulación uniforme proporciona las ventajas que allí se exponen y no existe razón para que genere inconvenientes, siempre que a través de las Ordenanzas y Convenios se acomoden los criterios generales a las situaciones especiales que se dan en cada sector.

Sí existe, en cambio, una norma que regula con carácter general la reclamaciones de categoría profesional, es la Orden de 29 de diciembre de 1.945, que será objeto de detenida consideración en el capítulo dedicado a los conflictos de la clasificación profesional.

2.2. REGLAMENTACIONES DE TRABAJO.

Las normas de clasificación profesional se encuentran recogidas ante todo en las Reglamentaciones. La Ley de Reglamentaciones de 16 de octubre de 1.942, art. 11, preceptúa que éstas han de abarcar necesariamente la "clasificación del personal por especialidades profesionales, incluyendo las definiciones de todas y cada una de ellas".

(6) DE LA VILLA, L.E. "Esquemas del Derecho del Trabajo". Valencia. Curso 1.971-2, pág. 301. Distingue la clasificación realizada empresarial y extraempresarialmente. La clasificación extraempresarial se produce respecto de quienes aspiran a ocupar por primera vez un puesto de trabajo o respecto de quienes han perdido su puesto de trabajo.

Este precepto ha sido fielmente observado por cuantas Reglamentaciones y Ordenanzas se han promulgado a partir de entonces. La parte más extensa de ellas es la dedicada a la enumeración y definición de categorías (7). La Ley de Reglamentaciones no alude a la obligatoriedad de que se consignen otros aspectos de la clasificación profesional, pero en todas ellas abundan los preceptos sobre ascensos, plantillas y escalafones, trabajos de superior e inferior categorías y similares.

Ante la casi completa ausencia de disposiciones situadas en escalafones más elevados de la jerarquía normativa (8), las Reglamentaciones de Trabajo apenas están sujetas a limitaciones en esta materia. Los únicos artículos que pueden coartar el contenido de las Reglamentaciones son el 64 y el 78 de la Ley de Contrato de Trabajo, referidos ambos a la prestación de trabajo distinto del pactado o del corriente. Ni siquiera en este punto las Reglamentaciones han autocercenado su autonomía como sería esperable y exigible, adoptando unos criterios cuya legalidad razonablemente puede ponerse en duda (9).

Por supuesto que la libertad de creación de categorías y de regulación de la clasificación profesional reconocida a las Reglamentaciones no se extiende a las Resoluciones de la Dirección General de Trabajo. Expresamente tiene declarado el Tribunal Supremo que la creación de categorías nuevas excede del ámbito de la aplicación e interpretación de normas encomendado a la citada Dirección General (10).

(7) ALONSO OLEA, M. "Derecho del Trabajo" citado, pág. 122.

(8) El art. 4 de la Ley de Relaciones Laborales ordena las Reglamentaciones en el escalafón inmediatamente superior a las demás disposiciones ministeriales.

(9) ALBIOL MONTESINOS, K. "La resolución del contrato de trabajo -- por el trabajador" Valencia, 1.973, pág. 123.

(10). La Dirección General de Ordenación del Trabajo introdujo en la Reglamentación de Iberia una categoría no prevista en la Reglamentación en base a una petición de la empresa y al amparo de las facultades de interpretación y aplicación deferidas a la Dirección General por la propia Reglamentación. El Tribunal Supremo, CA. en Sentencia de 25-2-74 (R. 917) anula el acto administrativo considerando que "una cosa es la aplicación, que por amplio que sea su concepto, tal expresión no puede ir más allá de cuantas medidas sean precisas para desarrollar o llevar a buen fin lo anteriormente dispuesto.....

En el aspecto formal hemos de destacar que durante varios años las Reglamentaciones recogían las categorías profesionales dentro de su articulado. La Ordenanza Laboral Textil de 21 de septiembre de 1.965 introdujo la novedad de desplazar la descripción de categorías a un anexo con idéntico rango normativo que la propia Ordenanza. Este método ha sido seguido después por muchas Ordenanzas. En la mayoría de los casos el anexo se aprueba simultáneamente y en algunos en fecha posterior por distinta disposición

- Han sido aprobado conjuntamente con la Ordenanza los de Artes Gráficas, Construcción, Enseñanza, Hostelería, Alimentación, -- Aceite, Químicas y Siderometalúrgica, por citar sólo algunos.

- Aparecieron en el Boletín Oficial del Estado sin la correspondiente relación de categorías las Ordenanzas Textil y de la Piel. En ambos supuestos se trata de Ordenanzas que refundieron una pluralidad de Reglamentaciones y que abarcan un ámbito de actividades muy extenso y no plenamente homogéneo, circunstancia que dificulta la elaboración de un sistema coordinado de categorías. La Ordenanza Textil de 21 de septiembre de 1.965 preveía la redacción de un Nomenclator de Oficios y Profesiones, el cual fué aprobado por Orden de 28 de julio de 1.966. La citada Ordenanza ha sido sustituida por la aprobada con fecha 7 de febrero de 1.972, que deja en vigor el Nomenclator. En cuanto a la Ordenanza de la Piel, aprobada con fecha 27-6-69, preveía un Nomenclator de actividades y una valoración de puestos de trabajo, que hasta ahora no han sido publicados.

2.3. CONVENIOS COLECTIVOS.

La Ley de Convenios Colectivos Sindicales de 24 de abril de 1.958 incluía entre las materias de negociación la "determinación de criterios de clasificación profesional " y los "ascensos"(art.11)

y otra cosa muy distinta la modificación, alteración o sustitución de lo anteriormente dicho o establecido".

literalmente las palabras de la Ley. La Ley vigente de Convenios Colectivos de 19 de diciembre de 1.973 prevé que puedan incluirse toda clase de cuestiones de índole laboral o social (art.11). No se menciona expresamente la clasificación, lo cual en manera alguna significa obstáculo para entender que la normativa en este aspecto no sufre modificación alguna. La posibilidad de que la clasificación profesional sea objeto de regulación convencional, es, - pues, indiscutible o indiscutida. Podríamos preguntarnos si las cláusulas de los Convenios deben limitarse a los aspectos silenciados o insuficientemente desarrollados por las Reglamentaciones o si pueden incidir en lo tratado por éstas para modificarlo. Admitido en nuestro derecho el principio de la aplicación de las normas laborales con preferencia a las de rango superior siempre que apreciadas en su conjunto resulten más favorables para el trabajador y que no vulneren preceptos de derecho necesario, nada impide que los Convenios modifiquen la regulación de la clasificación profesional contenida en las Reglamentaciones, pues no existe razón que justifique la inclusión de estas materias entre las de derecho necesario. En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias de 2-6-70 (R.3.032). Precisamente por el carácter casuístico y dinámico de la clasificación profesional, muchos de sus aspectos se prestan más a ser convenidos colectivamente que a ser regulados por normas estatales siempre más rígidas.(11)

En cuanto a las repercusiones que los poderes directivos del empresario pueden tener sobre algunos aspectos vinculados con la clasificación profesional, VALDES hace notar que "la redacción del art.4º de la vigente Ley de Convenios Colectivos plantea serias dudas sobre la posibilidad de limitar el poder de dirección

(11). Conf. SCOGNAMIGLIO en "Mansioni e qualifiche dei lavoratori....." cit. pág. 167.

en general, y el de variación en particular, mediante la negociación colectiva (12). En la práctica no creemos que surjan problemas de legalidad puesto que, dadas las severas restricciones impuestas al ius variandi por la Ley de Contrato de Trabajo, como se verá en su momento (13) y el hecho de que la extensión del mismo se haya efectuado quizás abusivamente, cualquier restricción de las facultades del empleado en esta materia fácilmente supondrá un acercamiento a la Ley de Contrato de Trabajo.

Ello no obstante los Convenios Colectivos no pueden establecer cláusulas que supongan una efectiva reducción de categorías para algunos trabajadores, ya que la categoría es convenida directamente o resulta de lo convenido por las partes del contrato, y ha de entenderse que la colectividad representada por los negociadores del Convenio no pueden disponer de los derechos que con carácter personal ostentan los trabajadores individualmente (14). El Tribunal Supremo tiene dictado que las categorías no pueden alterarse unilateralmente por la entrada en vigor de un Convenio Colectivo ya que debe respetarse la condición más beneficiosa "no obstante aquella falta de correspondencia entre las actividades que desarrollaban y las señaladas en el Convenio....." (15).

2.4. REGLAMENTOS DE REGIMEN INTERIOR.

La normativa aplicable a los Reglamentos de Régimen Interior se contiene en la Ley de Reglamentaciones de 16 de octubre de 1.942, en el Decreto de 12 de enero de 1.961 y en la Orden que lo desarrolla de 6 de febrero de 1.961.

La citada Ley en su art. 16 preceptúa que los Reglamentos Interiores deben consignar, entre otros extremos, las disposiciones necesarias acerca de "plantillas" y "clasificación del personal".

(12). En "la ruptura....." cit. pág. 11, nota.

(13).

(14). ALCOSO OLEA, M. "Derecho del Trabajo" cit.

pág. 449.

(15). STS. CA, 21-6-59 (R. 4.563)

terias según que se atribuya la regulación de las mismas a la empresa sin intervención del Jurado o que se requiera la previa audiencia de este órgano. Entre las del primer grupo se incluye la "clasificación de los puestos de trabajo en la empresa" y es ésta la única referencia que se hace a materias que puedan tener conexión con la clasificación profesional. Podría pensarse que el legislador se está refiriendo a la clasificación profesional y que por una imprecisión terminológica ha utilizado la expresión clasificación de puestos. Sin embargo, lo cierto es que la expresión clasificación de puestos ha sido utilizada deliberadamente distinguiéndola de la clasificación profesional propiamente dicha, como se demuestra con la lectura de la Orden que desarrolla el Decreto, en cuyos arts. 4º. y 5º. claramente se distinguen ambos conceptos, los cuales son a su vez desarrollados y explicados en los arts. 8º. y 20º. La citada Orden incluye la clasificación profesional entre las materias que preceptivamente debe informar el Jurado y ante la exigencia de este requisito para la clasificación de puestos de trabajo.

El tratamiento de la clasificación profesional en los Reglamentos de Régimen Interior puede efectuarse con plena subordinación a las disposiciones estatales de carácter general, a las Ordenanzas y a los Convenios Colectivos o puede, en aplicación de lo establecido en el art. 4º. de la Ley de Relaciones Laborales desconocer dichas disposiciones, siempre que las condiciones laborales que establezca, apreciadas en su conjunto, resulten más favorables para el trabajador. Para resolver esta cuestión es necesario fijar previamente la naturaleza jurídica del Reglamento Interior, es decir, si se considera o no como una auténtica norma. La doctrina española en general se inclina a considerarle de naturaleza normativa. (16)

Excede del ámbito de nuestra consideración el estudio en pro -

(16) Una referencia bastante completa al criterio de los tratadistas se encuentra resumida en CAMPS RUIZ, Luis Miguel, " Los principios....." pág. 329.

su repercusión en la cuestión que nos hemos planteado. La Jurisprudencia sí que mantiene una postura constante al abordar problemas de clasificación profesional en relación con los Reglamentos de Régimen Interior. Sin plantearse directamente la consideración de su naturaleza jurídica, la resolución que ha dado a diversas cuestiones ha originado una doctrina uniforme en el sentido de que los Reglamentos de Régimen Interior deben respetar rigurosamente las disposiciones de rango superior sin que sea de aplicación el principio de la norma más favorable considerada en conjunto.

Varias Resoluciones administrativas contraponen la fuerza de los Convenios Coletivos y los Reglamentos Interiores. Mientras que aquellos son aptos para establecer sistemas diversos a los de las Reglamentaciones, siempre que respeten el principio de una norma más favorable apreciada en conjunto, estos deben limitarse a adecuar las normas de rango superior a la especialidad de las distintas empresas, pero sin contrariarlos en ningún punto. (17)

A la luz de esta Jurisprudencia vamos a analizar los diversos supuesto de posible discordancia entre la regulación de los Reglamentos Interiores por una parte y de las Ordenanzas y Convenios por otra.

a) Supresión de categorías profesionales. Una exclusión expresa de categorías no tiene sentido desde el momento en que las Reglamentaciones indican que aquéllas son meramente enunciativas y no suponen la obligación de tenerlas provistas. Una exclusión de hecho omitiendo en la relación de categorías las que no tienen aplicación en la empresa es perfectamente lógica, bien entendido que si a pesar de la no inclusión un trabajador realizase los trabajos propios de la categoría, tal como aparece configurada en la Reglamentación o el

(17) Así en cuanto al régimen de ascensos las R.D.G.T. de 28-8-71 y 25-1-73 (citadas por AYERRA, en "Indust. Sidero", cit. págs. 90-91)

b) Creación de categorías nuevas. Si se refieren a trabajos no previstos en la Reglamentación y que no encajan fácilmente en las categorías reguladas por ésta, creemos admisible su regulación en el Reglamento Interior. Si se refiere a trabajos descritos como parte de la función atribuida a una categoría de más amplio contenido, también parece admisible que se incluyan en una nueva categoría, siempre que se le otorgue el mismo rango jerárquico que a la categoría de que se desgaja. Si se trata de atribuir a una sola categoría el contenido de dos o más, también parece correcto, si bien el principio de norma más favorable postula que la nueva categoría no sea de inferior rango jerárquico que ninguna de las sustituidas. La creación de nuevas categorías en cualquier otro supuesto nos parece que entrañaría oposición a normas de rango superior, adoleciendo por tanto de legalidad. (18)

c) Modificación del contenido de las categorías. Una modificación que suponga establecer como propias de una categoría funciones distintas de las recogidas en Reglamentación o Convenio no es admisible, pero sí lo es la concreción del contenido desarrollándole y adaptándole a los trabajos que se realizan en la empresa.

d) Exigencia de requisitos más rigurosos para la atribución de la categoría. La jerarquía normativa laboral respeta el principio de norma mínima y por consiguiente el Reglamento de Régimen Interior no puede ser más riguroso que las Reglamentaciones y Convenios en la enumeración de las condiciones necesarias para alcanzar la categoría. (19).

(18) STS.CA.18-3-74 (R.1629) Reconoce la corrección de crear una categoría intermedia entre otras dos de la Reglamentación aplicable.
(19) Res.D.Gral.Trabajo 10-6-69 (BO.MT.,jul.69,Ref.7-164) "La prestación de servicios que tipifica re lamentariamente una categoría determina el reconocimiento de ésta, actuando la Reglamentación de la industria respectiva como garantía mínima del trabajador."

3. EL ENCUADRAMIENTO DE FUNCIONES NO PREVISTAS.

En virtud del principio de legalidad, cuya vigencia en materia de clasificación profesional ha sido destacada al principio de este capítulo, todos los trabajadores necesariamente han de encuadrados en alguna de las categorías relacionadas en la normativa que les resulte aplicable. Esta exigencia plantea dificultades cuando una tarea o grupo de tareas no han sido contempladas al elaborar el cuadro de categorías correspondiente. En este supuesto debe acudir a la aplicación analógica prevista en el Código Civil, art. 4º, 1 (20). El principio de analogía es utilizado en diversas sentencias del Tribunal Supremo y en resoluciones de la Administración laboral. (21)

En ocasiones este procedimiento resulta difícil por no apreciarse conexión con ninguna categoría. Otras veces conduce a resultados que repugnan, ya que la categoría más semejante en cuanto al contenido de funciones se encuentra en un nivel de consideración, especialmente retributiva, que resulta desfavorable para el trabajador.

Importa destacar que la analogía permite ampliar extensivamente los supuestos no contemplados expresamente en las normas, pero no faculta para extender el ámbito de vigencia de las mismas. De aquí se deduce la imposibilidad de atribuir las categorías de otras Ordenanzas, aún cuando en las mismas se prevean específicamente las tareas, lo cual no quiere decir que en el proceso de lógica mental

(20) "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón."

(21) S.T.S.CA.4-3-61 (R.1156) "La tarea de la cual están encargadas las obreras recurrentes.....no está entre las que enumera la Reglamentación..... por lo que la cuestión discutida.... ha de resolverse por interpretación analógica de la citada Reglamentación, atendiendo a la semejanza de la labor que las obreras demandantes llevan a cabo con las que expresamente se señalan". R.D.Gral.O.T.11-12-65 (citado en J.L.nº.204) "Cuando para la actividad desarrollada por un trabajador no exista una categoría reglamentaria directamente aplicable, procede la asimilación con las más análoga".

S.T.S.CA.10-11-67 (R.4625) "A falta de una normativa expresa sobre el asunto su clasificación profesional ha de hacerse por analogía". La misma doctrina en S.T.S.27-12-75 (R.3229).

Extrañamente la S.T.S.,CA.de 16-10-74 (R.4005) ante unas fun-

que necesariamente debe realizarse para la aplicación analógica de una categoría no pueda tenerse en consideración la calificación de los trabajos en otras Ordenanzas donde se contemplen específicamente (22).

Los usos de la empresa para suplir la ausencia de normas es considerada por la doctrina legal de difícil encaje en esta materia y además "toda costumbre ha de ser considerada como "hecho" a los efectos de prueba". /23)

La exigencia de ajustarse estrictamente a las categorías existentes es también aplicable a la Autoridad Laboral que resuelve el litigio de clasificación profesional. El Tribunal Supremo ha sentado esta doctrina al interpretar la Orden de 29 de diciembre de 1945. "No es una norma a la que le estén atribuidas funciones de creación de categorías profesionales en la empresa a la que pertenece el trabajador solicitante de una determinada categoría profesional superior a la en que esté incluido, pues tales menesteres de creación de categorías profesionales están atribuidas a otras específicas - normas" (S.T.S.IV,2-6-71/R.3577). En el mismo sentido se pronuncian otras sentencias (24).

Esta interpretación jurisprudencial echa por tierra cualquier configuración de la actuación de la Administración en materia de clasificación profesional como un intento "de formar directamente el propio legislador la conciencia laboral de la nación". Algo de lo que hacía el Pretor romano en los comienzos del "ius civile" (25).

ciones no descritas en la Reglamentación considera que "por tanto no la Administración ni este Tribunal (en vía de petición y luego de recurso) podría subsanar tal omisión en base de la doctrina expuesta más arriba, al margen, claro es, de la promoción legislativa o de la simple reforma o adición por Convenio Colectivo, etc. que, en todo caso, puedan instar los interesados".

(22) Así lo entendieron las S.T.S., CA. de 9-6-60 (R.2652) y 2-4-76 - (R.2238).

(23) S.T.S., CA. 1-12-67 (R.4901).

(24) S.T.S., CA. 29-10-62 (R.4397) "No podría exigirse a la empresa "N" el cumplimiento del requerimiento de la Delegación de Trabajo "X", de situar al productor en una categoría inexistente". Sin embargo en alguna ocasión la Dirección General de Trabajo ha estimado correcto que el Delegado de Trabajo autorice a una empresa la creación de categorías no previstas en la Reglamentación. Conf. Res. 1-7-76 (BO.MP.ap.76.R.8-169).

(25) PEREZ LEÑERO, "Teoría General del Derecho español del Trabajo" Madrid, 1.948.

Capítulo III

PLANTILLAS Y ESCALAFONES

Las Reglamentaciones y Convenios contienen listas y definiciones de las categorías profesionales que se consideran más extendidas en las empresas incluídas en su ámbito de aplicación. Cuáles de estas categorías sean las adecuadas a cada empresa en concreto debe ser objeto de determinación en cada caso por el empresario en virtud de sus facultades organizativas a través de la plantilla. Este documento expresa las categorías y el número de personas que deben ostentarlas y se complementa con el escalafón en el que se recogen los nombres de los trabajadores que efectivamente tienen asignadas cada una de las categorías. Estudiaremos separadamente ambos documentos.

1. PLANTILLAS.

1.1. NOCION.

1.1.1. CONCEPTO. Las plantillas son documentos que recogen numéricamente los puestos de trabajo existentes en la empresa agrupados por categorías profesionales. Algunas Ordenanzas definen la plantilla en este sentido y con una redacción casi literalmente idéntica a la que hemos propuesto: "Relación numérica de las categorías y grupos necesarios con arreglo a las clasificaciones laborales de esta Ordenanza" (CARNICAS, art. 26; VINICOLAS, art. 42). La mayoría de las Ordenanzas, sin embargo, omiten la definición de plantilla, si bien la regulación de esta materia - corresponde a la noción que hemos expresado. Por último, algunas Ordenanzas confunden los términos e incluso los conceptos de plantilla y escalafón (1). Inexplicablemente, porque ambos ofrecen diferencias sensibles. La plnatilla es un estado numérico y el escalafón un estado nominal; la plantilla relaciona puestos de trabajo prescindiendo de quienes los desempeñan y el escalafón es una lista de trabajadores designados por su nombre.

(1) Por ejemplo, la Ordenanza de MADERA (arts. 60 y 61) y la de ENERGIA ELECTRICA (art. 25)

1.1.2. OBLIGATORIEDAD:

Casi todas las Ordenanzas establecen la obligatoriedad de confeccionar la plantilla, si bien la naturaleza de esta obligación ha sufrido una modificación esencial a través del tiempo. Las Ordenanzas promulgadas en la década de los años cuarenta preceptuaban que las plantillas requerían aprobación de la Autoridad laboral lo mismo para su confección inicial que para su modificación o amortización. Las empresas debían ajustarse a las plantillas en la contratación de personal y estaban obligadas a cubrir inmediatamente los puestos que por cualquier motivo quedaban vacantes (4).

La Ordenanza TEXTIL de 21 de septiembre de 1.965 rompió con este rígido criterio intervencionista declarando la libertad de confección de plantillas y de amortización de vacantes. Las plantillas se confeccionan y se modifican por la propia empresa sin necesidad de autorización de la Delegación de Trabajo (art.23). La empresa puede amortizar las vacantes que se produzcan, sin perjuicio de la promoción del personal existente por vía de ascenso, y en ningún caso se puede obligar a la empresa a la admisión de nuevos trabajadores por existir puestos vacantes en sus plantillas (arts.24 y 25). Casi todas las Ordenanzas promulgadas desde entonces siguen las mismas directrices y la autorización administrativa se reduce a los supuestos de extinción de contratos de trabajo fundada en causas tecnológicas o económicas. No obstante, todavía algunas Ordenanzas de reciente publicación mantienen la exigencia de aprobación administrativa de las plantillas al mismo tiempo que declaran la libertad de amortización de vacantes .(QUIMICAS , art.27, y ACEITE, art.21)

El acto administrativo de aprobación de las plantillas y sus modificaciones se sustituye generalmente por el trámite de remisión de estos documentos a la Delegación de Trabajo a los solos efectos de estadística y registro. (5). El que la empresa goce de libertad para el

(4) Por ejemplo, Reglamentaciones de COMERCIO de 10-2-48, art. 27 y de SIDEROMETALURGIA de 27-7-46, art. 64.

(5) CARNICAS, art. 25; BEBIDAS, art. 11; CONSTRUCCION, art. 64.

borar y modificar las plantillas según necesidades de organización no quiere decir que pueda optar por no confeccionar plantilla alguna. Las Ordenanzas configuran la plantilla como un documento de obligada redacción (6). La plantilla debe ser confeccionada cuando la empresa inicia sus actividades y son bastantes las Ordenanzas que prescriben una periódica reelaboración cada dos años (7).

1.1.3. FUNCIONES: La plantilla cumple tres importantes funciones:

a) Para la Administración Pública constituye un instrumento de la política de empleo. Acabamos de ver cómo en una primera etapa el Estado se reserva la facultad de determinar empresa por empresa los trabajadores necesarios para efectuar un proceso productivo. Este sistema introduce una rigidez próxima a la anquilosis en el cuerpo laboral de las empresas. No es extraño que la normativa fuera continuamente conculcada y que originara dificultades insalvables. Posteriormente la política de empleo ha evolucionado hacia una mayor flexibilidad y la Administración abandona la salvaguardia formal de los puestos de trabajo a través del control de las plantillas para emprender una acción más eficaz tendente a favorecer la creación de nuevos puestos y a ayudar a los trabajadores a acomodarse a los cambios de organización y tecnología. Sin embargo, todavía en la actualidad las plantillas continúan cumpliendo una misión específica en la política de empleo, mas no ya como un obstáculo para los cambios, sino como simple elemento informativo de las necesidades de mano de obra en las empresas. Este es el sentido que hay que atribuir a la obligatoriedad de remitir las plantillas a la Delegación de Trabajo a efectos estadísticos y de registro.

(6) Puede consultarse cualquiera de las Reglamentaciones citadas en materia de plantillas.

(7) CARNICAS, art. 25; QUIMICAS, art. 27.

b) Para el empresario la plantilla es un instrumento al servicio de la racionalización del trabajo. Este aspecto ha sido obviado casi siempre por la legislación laboral. Lo recogen muy pocas Ordenanzas. La SIDEROMETALURGICA distingue tres etapas en la organización del trabajo: racionalización, análisis, valoración y clasificación de tareas de cada puesto y adaptación de los trabajadores a los puestos. Dentro de la etapa de racionalización del trabajo incluye tres apartados, uno de los cuales consiste en el establecimiento de plantillas correctas. "La determinación y establecimiento de las plantillas que proporcionen el mejor índice de productividad laboral de la empresa será - una consecuencia de los estudios de división del trabajo, análisis de rendimientos y plena ocupación de cada trabajador, llevándose a cabo por la dirección de la empresa, de acuerdo con las necesidades de la misma, siempre que se cumpla la condición de que ningún trabajador - venga obligado a aportar un rendimiento superior al óptimo"(art.13).

c) Para el trabajador la plantilla sirve de información sobre las categorías realmente existentes en la empresa y sobre la posibilidad de ascenso. La plantilla aparece en primer lugar como simple reflejo documental de las categorías existentes. Esta finalidad no la cumple la enumeración de categorías de las Ordenanzas y Convenios, por cuanto cualquier sistema de categorías por la característica de generalidad que le es inherente debe ser acomodado a las necesidades reales de cada empresa. Expresamente se dice en casi todas las Ordenanzas - que las categorías especificadas tienen carácter enunciativo y no implican la obligación de tener provistas todas aquellas, si la necesidad y el volumen de la industria no lo requiere. Y al trabajador le interesa saber cuáles son las categorías existentes en su empresa porque es un dato esencial para valorar sus posibilidades de ascenso y también para controlar, a través de la plantilla y del escalafón conjuntamente, si se respetan sus derechos en esta materia (8).

(8) En todo caso debe tenerse en cuenta que los conflictos que puedan surgir sobre amortización de vacantes y similares son ajenos al procedimiento específico de la Orden de 29-12-45 y deben solventarse ante los órganos de la jurisdicción laboral. Conf. Res. D.G.T. 23-1-76 (BO).

El carácter informativo aparece claro en la triple función encomendada a las plantillas. Pretender el apoyarse en ellas para obstaculizar el ascenso de los trabajadores en base a la inexistencia de vacante no tiene ninguna consistencia legal y contradice el principio de respeto a la carrera profesional del trabajador que informa nuestro derecho laboral. Estas afirmaciones se ven reforzadas por la tendencia de las Reglamentaciones a privar a las plantillas del carácter de relación de puestos de obligada cobertura. Si la experiencia ha demostrado que el mantenimiento al día de unas plantillas ajustadas estrictamente a las necesidades reales de las empresas es inalcanzable y por ello se las ha liberado de este corsé, permitiendo la libre amortización de vacantes, este criterio no se corresponde con el de la conservación de la rigidez de las plantillas únicamente para oponerse al derecho al ascenso de los trabajadores. La doctrina se muestra contraria a los obstáculos al ascenso fundados en la necesidad de vacante (9).

La Jurisprudencia al respecto no es firme. Pueden citarse diversas Sentencias que consideran la existencia de vacantes como elemento irrelevante para el ascenso, algunas con expresión de argumentos bastante contundentes. Así la S.T.S.CA.de 6-6-70 (R.3091)"conviene ante todo descartar el argumento de que las plantillas de la entidad demandante hayan sido aprobadas por la Dirección General de Ordenación del Trabajo y no puedan modificarse, por cuanto, las resoluciones aprobatorias de plantillas tienen siempre un carácter meramente circunstancial y ninguna relación guarda tal consideración objetiva en el caso de posible aplicación de las normas de tipo laboral y social que asig-

M.T.ag.76,Ref.8-159)

(9) PALOMEQUE LOPEZ, M.C."El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional"en Rev.Pol.DC.nº.95,julio sep.1972, pág.111 "No parece plenamente justificada la exigencia de vacante en la plantilla de la empresa como requisito preceptivo para el ascenso de categoría".VALDES DAL REY "La ruptura".. p.37"Entiendo que la empresa no puede negarse a proveer la plaza argumentando la inexistencia de vacante por tener cubierta la plantilla".ALONSO OLEA,M."La materia contenciosa laboral" Sevilla 1.967.págs.115-6(refiriéndose a la exigencia de existencia formal de vacante)"Dudo mucho del acierto de esta línea jurisprudencial salvo,quizá,en empresas sumamente burocratizadas y extremadamente serias en cuanto a sus plantillas y escalafones;y aún en estas".

nan al trabajador la categoría de los empleos superiores durante un cierto tiempo desempeñados por encomienda expresa; porque si al interesado se le ordenó y realizó una función propia de Oficial primero, es claro que era la misma empresa la que, como tal, le había elegido, y el que aparezca una plantilla aprobada y no exista otra vacante no puede servir de obstáculo para que se asigne al trabajador la categoría correspondiente a las funciones que con la debida aptitud realmente desempeña".S.T.T.CA,9-4-76 (R.2325)"Imposibilidad de que las plantillas elaboradas por la empresa redunden en menoscabo de básicos derechos de los trabajadores".S.T.S.CA.(R.4759)"es la plantilla la que debe acoplarse a la real distribución de funciones programada por la Dirección de la Empresa..... y no proceder a la inversa..... pues tal aprobación (por la Autoridad laboral), ni por su distinta finalidad ni por la materia a que se refiere, puede modificar y menos restringir, el derecho a consolidar la superior categoría en los términos señalados por la Orden de 29-12-45"(10).

La doctrina expuesta, coincidente con la que propugnamos, no ha sido mantenida constantemente por nuestro más alto Tribunal. Son varias las Sentencias que consideran imprescindibles para el ascenso la existencia de vacante. De todas maneras cabe destacar que la casi totalidad de las que invocan la inexistencia de vacante en sus considerandos, incluyen este argumento en un razonamiento mucho más amplio, esgrimiéndolo a mayor abundamiento y podría pensarse fundadamente que quizás no le atribuirían un valor decisivo si lo considerasen aisladamente (11). Por otra parte la actualidad de muchas de las Sentencias que se inclinan por la irrelevancia de la vacante en plantilla en orden a -

(10) Razonamientos análogos a los expuestos encontramos en las Sentencias de la Sala IV de 9-3-67 (R.3459), 29-4-67 (R.2243), 6-2-76 (R.1083), 4-6-76 (R.3095), 9-6-76 (R.3226). Otras Sentencias se mueven en la misma línea jurisprudencial, aunque sin insistir en la argumentación, así la de 2-12-61 (R.4031), 19-12-69 (R.6000), 13-4-72 (R.1779), 1-12-72 (5107), y 11-5-76 (R.2573). Algunas de las Sentencias citadas son doblemente significativas por referirse a la CAMPSA, empresa en la que como inmediatamente comprobaremos el requisito de la existencia de vacante ha sido urgido con acentuada severidad.

(11) Así las Sentencias de 11-10-69 (R.5362), 10-11-70 (R.4874), 12-11-70 (R.4881), 27-1-71 (R.256), 21-3-72 (R.1423).

desvirtuar el principio de equivalencia función-categoría avalan la tesis del mero carácter informativo de la plantilla.

Consideración particular de la Jurisprudencia ha recibido la CAMPSA "(Compañía Arrendataria del Monopilo de Petróleos)" que se lleva la palma en litigiosidad basada en la inexistencia de vacante. El Tribunal Supremo se ha mostrado especialmente riguroso en la exigencia de vacante en esta empresa atendido su carácter de empresa pública y la necesidad de que sus plantillas sean aprobadas por los Ministerios de Trabajo y de Hacienda. Mantener excepciones a favor de este tipo de empresas hasta el grado de que dicha aprobación sea más fuerte que los derechos de los trabajadores que en ellas prestan servicios supone un injustificado privilegio de la Administración (12). En relación con esta Compañía la postura del Tribunal Supremo ha sido muy poco firme. Se exige la existencia de vacante en las Sentencias de 5-2-70 (R.440), 9-12-70 (R.5397), 15-10-70 (R.4454) y 1-3-71 (R.1182) y no se exige en las de 3-4-65 (R.1828), 23-12-66 (R.1435/67), 9-3-67 (R.3459), 29-4-67 (R.2243) y 6-6-70 (R.3091). Si nos fijamos en las fechas de las Sentencias podemos comprobar que la tesis desfavorable a los trabajadores se afianza en 1.970 y 1.971, por lo que son perfectamente válidas las conclusiones de PALOMEQUE, formuladas en 1.974, en el sentido de que la jurisprudencia más reciente mantiene una postura restrictiva respecto a la CAMPSA. En los años siguientes se ha dulcificado la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la existencia de vacante en general y aún cuando no hayamos comprobado la postura del mismo en relación con la Campsa durante este período es presumible una mayor flexibilidad en la doctrina jurisprudencial caso de tener que pronunciarse en algún litigio.

(12) PALOMEQUE LOPEZ, M.C. "El supuesto.....", cit. p.106-108. ha insistido en el estudio de este problema aportando abundante jurisprudencia desarrollando su evolución en el tiempo. Sus conclusiones son las siguientes: "A la vista de la más reciente jurisprudencia puede afirmarse que en este tipo de singulares supuestos parece que la existencia de vacantes correspondiente a la categoría de que se trate ha de ser requisito sine qua non. No obstante, y pese al tenor literal de dicha doctrina jurisprudencial, no es muy convincente dicha tesis desde un punto de vista teórico, al representar, en todo caso, una posición estrecha frente a los derechos del trabajador

Una faceta de la existencia de vacante de amplia aplicación y que aparece con matices propios es la referente a los aprendices que finali el contrato de aprendizaje. Son bastantes las Reglamentaciones que contienen reglas especiales sobre la situación de estos trabajadores (13). Cuando la plantilla ha sido comunicada al aprendiz al iniciar su aprendizaje no se aprecian graves reparos a esta normativa, si bien en este supuesto como en cualquier otro el carácter instrumental de la plantilla veda cualquier utilización de la misma para negar efectos clasificatorios a la realización de trabajos de superior categoría. Cuando se ha planteado el tema ante el Tribunal Supremo, éste con excelente criterio mantiene en Sentencias CA.27-12-75 (R.329/76) que las reglas de la Reglamentación deben limitarse a los ascensos automáticos pero que no pueden servir para desconocer el "derecho que corresponde al trabajador de consolidar la categoría profesional reglamentariamente definida por la clase de funciones que de modo efectivo presta en la empresa".

1.2. ELABORACION.

1.2.1. FACULTAD DEL EMPRESARIO. La confección de la plantilla corresponde al empresario, "es un acto unilateral del empresario- un auténtico acto de poder organizador- sin que sea obstáculo.... el hecho de su obligatoriedad para el empresario" (14). La redacción es unilateral en el sentido de que la realiza el empresario sin intervención de los trabajadores. El Decreto de 12 de enero de 1.961 sobre Reglamentos de Régimen Interior determina que la empresa redactará, sin necesidad de previa audiencia del Jurado las cuestiones de censo laboral. Esta misma expresión utiliza la Orden de 6 de febrero de 1.961. La explicación que esta Orden desarrolla del concepto de censo coincide con la de plantilla e incluye expresamente la referencia a la clasificación por razón de la permanencia.

(13) Pueden consultarse como significativas las de ALIMENTACION, art. 22; ARTES GRAFICAS, art. 35; ACEITE, art. 35 y QUIMICAS, art. 44.

(14) MONTTOYA MELGAR, A. "El poder de dirección del empresario". Madrid, 1965, pág. 159.

(15) MONTTOYA MELGAR, A. "El poder...." cit. pág. 158.

Aún reconociendo el carácter unilateral de la redacción de la plantilla por parte del empresario e incluso las amplias facultades que la legislación le otorga, resulta excesivo calificarlas de discrecionales, si por tal entendemos que no están sujetas a normas de necesario acatamiento (15). Las Ordenanzas contienen diversas reglas que no pueden ser desconocidas.

1.2.2. REGLAS DE ELABORACION.

a) Las Ordenanzas coinciden en que las clasificaciones que contienen son meramente enunciativas y no suponen la obligación de incluir en las plantillas todas las categorías enumeradas, sino solamente las adeudadas a las necesidades y volumen de cada empresa. Sin embargo, las plantillas sólo pueden recoger categorías tomadas de la Ordenanza aplicable. El empresario carece de facultad para crear nuevas categorías.

b) En las empresas de nueva creación el empresario puede trazar el organigrama de puestos y categorías teniendo en cuenta exclusivamente las funciones que prevé han de realizarse. Cuando se trata de modificar la plantilla para acomodarla a una nueva estructura o a una nueva normativa (Ordenanza o Convenio que altera las clasificaciones existentes) el empresario se encuentra intensamente condicionado por el respeto a los derechos adquiridos, incluido el derecho al ascenso. Las Ordenanzas que proclaman la libertad de modificación de plantillas y de amortización de vacantes suelen recordar este aspecto. "Sin perjuicio de la promoción del personal existente por vía de ascenso" (CONSTRUCCION, art. 66); "La plantilla técnica.... no tendrá efecto alguno contrario a la situación y derechos adquiridos por todos y cada uno de los trabajadores que formen parte de la empresa" (TEXTIL, art. 14)

c) Determinadas Ordenanzas fijan porcentajes de obligatoria observancia en la confección de plantillas (16). Nos encontramos ante una

(15) MONTIYA MELGAR, A. "El poder....." cit. pág. 158.

(16) Consultar las siguientes: BEBIDAS, art. 11; CARNICAS, art. 27; TRASPORTES, art. 36; QUIMICAS, art. 27.

El establecimiento de estos porcentajes entendemos que sólo se justifica como una salvaguarda de la carrera profesional del trabajador en aquellas ocupaciones cuyas diferentes categorías se configuran con un cometido en gran parte coincidente y apenas si se diferencian en razón al mayor grado de perfección exigible. Si examinamos, por ejemplo, las definiciones de oficial de primera, segunda y tercera en muchos oficios, comprobaremos que están redactadas con tal vaguedad que dejan un amplio margen a la apreciación subjetiva. En estos casos el establecimiento de porcentajes posibilita al trabajador alcanzar paulatinamente unas categorías a las que de otra manera muy difícilmente podría demostrar tener derecho. Paradójicamente, sin embargo, los porcentajes en ocasiones han sido alegados para conseguir lo contrario, o sea obstaculizar la promoción del trabajador. Son varias las Sentencias del Tribunal Supremo que han corroborado la conducta de las empresas que negaban el derecho al ascenso a los trabajadores que ejercían funciones superiores por el inadmisibles motivo de tener cubiertos los porcentajes legales (17). El criterio ~~correcto y coherente~~ ^{correcto y coherente} es el fundamento de la institución es el que considera que los porcentajes como cualquier otra norma de las Reglamentaciones genera derechos mínimos pero no máximos. La doctrina legal más reciente acoge este principio (18).

(17) Sirva de muestra la STS., CA, 12-11-70 (R.4881) que "lejos de vacante cuenta con exceso de oficiales pintores de 1ª por tener nueve y estar cifrado en siete el 20% reglamentario".

(18) La claridad de conceptos y la fuerza de los argumentos expuestos en la Sentencia T.S.CA.25-10-75 (R.4759) nos obliga a una extensa cita. "Los porcentajes de personal en la plantilla formada por la empresa, y a los que correctamente se refiere el art.22 de la Ordenanza Laboral (de QUIMICAS, de 26-2-46 se corresponde con el art.22 de la Ordenanza de 24-7-74 vigente) entrañan una distribución de puestos de trabajo entre categorías profesionales como condición en beneficio del productor y garantía de los derechos de éste que dentro del criterio de coherencia con que deben integrarse las condiciones de trabajo en cuanto sistema tuitivo, no es posible derivar de aquellos porcentajes, cual sostiene la empresa demandante, una enervación del derecho del operario a ocupar la superior categoría correspondiente a las funciones que realiza, pues tal tesis implicaría contradicción entre condiciones laborales en perjuicio del trabajador con vulneración de la sistemática coherencia ante las mejoras impuestas por el art.1º de la Ley de 16 de octubre de 1.942, de donde se infiere que es la plantilla la que debe acoplarse a la real distribución de funciones programada por la dirección de la empresa... y no proceder a la inversa, limitando los derechos del trabajador con el empresario fundamento alegado por la empresa aquí accionante, de inexistencia de vacantes de oficial segundo de haberse aplicado la distribución referida de porcentajes de categorías profesionales en la plantilla aprobada por la auto-

d) Por último algunas Ordenanzas se refieren a la forma de elaborar las plantillas cuando la empresa realiza diversas actividades incluidas en la misma Ordenanza o posee diversos centros de trabajo . "Las empresas de tipo mixto que abarquen, dentro de sus actividades, distintas industrias..... formarán plantillas independientes para cada uno de sus ciclos de producción". (ACEITE, art. 21); "Las empresas de tipo mixto que abarquen dentro de sus actividades alguna de las industrias señaladas en el apartado 19 del artículo 2º. (se refiere a actividades auxiliares y complementarias) formarán plantillas independientes para cada sector de producción" (QUIMICAS, art. 27); "Por cada centro de trabajo^o por todos los de una misma plaza" (COMERCIO, art. 26) . Cuando las normas aplicables omitan cualquier referencia al ámbito de de la plantilla, entendemos que la misma debe referirse a cada actividad y a cada centro de trabajo que tengan autonomía, dado que, salvo acuerdo en contrario, el contrato de trabajo se formaliza para prestar servicios en una concreta especialidad y en un centro de trabajo y que la estabilidad en ambos aspectos se garantizan al trabajador (19)

1.2.3. PUBLICIDAD. Elaborada la plantilla debe ser comunicada en todo caso al personal de la empresa y generalmente también a la Administración.

- En cuanto a la Administración, cuando es preceptiva la aprobación por parte de ésta, el propio trámite aprobatorio implica el conocimiento. Cuando no es preceptiva, debe estarse a lo que disponga cada Reglamentación. Bastantes especifican que las plantillas deben remitirse a la Delegación o Dirección General de Trabajo, según el ámbito, No faltan Ordenanzas que silencian esta obligación, en cuyo caso debe entenderse que no existe.

- La notificación a los trabajadores se efectúa normalmente en el tablón de anuncios de la empresa. Las empresas con Reglamento de Régi -

ridad laboral, pues tal aprobación, ni por su distinta finalidad ni por la materia a que se refiere, puede modificar y menos restringir, el derecho a consolidar la superior categoría en los términos señalados por la Orden de 29-12-45". El mismo criterio en la Sentencia de 2-6-76 (R. 3549)

(19) RIVERO LAMAS, en "Contrato de trabajo y antigüedad en la empresa" en

mercio prescribe la notificación individual a cada trabajador con firma del interesado. Así como la comunicación de la plantilla a la Administración, aún cuando resulte de indiscutible utilidad, no parece trascendente en orden a garantizar intereses básicos, lo contrario cabe afirmar de la documentación a los trabajadores interesados. La plantilla es un documento que repercute directamente en la clasificación profesional ya que normalmente condiciona ascensos (necesidad de que se produzca vacante) y en ocasiones puede hacerlos preceptivos (caso de porcentajes mínimos obligatorios.) Por este motivo debe entenderse que no existe plantilla mientras no haya sido publicada. Piénsese en un muchacho que ingresa como aprendiz y que al término de su ⁰firmación se le niega el acceso a la categoría de oficial pretextando que la plantilla está oubierta, aún cuando él ignorase la existencia de tal plantilla hasta ese momento. Por esta intensa repercusión que la plantilla tiene sobre la relación laboral debe afirmarse que carece de vida o al menos de efectos sobre el personal mientras no les sea notificada, incluso en las empresas que omiten la obligatoriedad de la publicación de la plantilla. El incumplimiento por parte de la empresa de la obligación impuesta expresamente de publicarla, entendemos que no debe conceptuarse como una mera infracción sancionable administrativamente, sino que debe llevar aparejada la inaplicabilidad de la plantilla para cerrar vías al ascenso de los trabajadores. Parece justo recalcar esta tesis porque la mayoría de las Ordenanzas silencian la necesidad de publicar la plantilla, al mismo tiempo que prescriben la publicación del escalafón. Esta laguna quizás sea consecuencia de no distinguir claramente los conceptos de plantilla y escalafón o al menos de considerarlos inseparables.

Rev. Pol. Soc. N.º.64, oct.-dic.1.964, pág. 57 razonando que la elaboración de la plantilla está comprendida dentro del poder directivo del empresario y que las manifestaciones de ésta en el Reglamento de Régimen Interior se encuentran afectadas por el informe del Jurado (Decreto 17-1-61 y Orden 6-2-61) concluye la identidad de ámbitos de la plantilla y del Jurado, o sea la distancia de 15 kilómetros.

2. ESCALAFONES.

2.1. NOCION.

2.1.1. CONCEPTO.: El escalafón es una nómina o lista del personal ocupado en la empresa, clasificado por categorías profesionales y por orden de antigüedad. El dato de la antigüedad, de consideración marginal en nuestro estudio, constituye juntamente con la categoría elemento esencial del escalafón. La trascendencia de aquél sobre ésta, no debe hacer olvidar las repercusiones que tiene asimismo sobre otros diversos aspectos de la relación laboral, principalmente sobre las retribuciones (complementos personales de antigüedad según la terminología del Decreto de ordenación del salario de 17-8-73). Las Ordenanzas no definen el concepto de escalafón, pero lo describen minuciosamente al indicar los datos que necesariamente ha de contener.

2.1.2. OBLIGATORIEDAD.: Casi todas las Ordenanzas imponen al empresario la obligación de confeccionar y publicar el escalafón (21).

La periodicidad en la formación y publicación de los escalafones es anual en todas las principales Ordenanzas, con la única excepción de COMERCIO que amplía el periodo a dos años. Algunas Ordenanzas especifican la época del año en que deben publicarse, casi siempre el primer trimestre natural (MADERA, art. 61, y OFICINAS, art. 7, fijan fecha tope el diez de febrero; ENERGIA ELECTRICA, art. 30, el diez de abril).

2.1.3. FUNCIONES.: El escalafón cumple una doble misión: sirve para que el trabajador contraste si los datos que posee la empresa sobre él son correctos y además ofrece a todos los interesados la posibilidad de co-

(21) De las Ordenanzas que consideramos más importantes omiten cualquier referencia al escalafón solamente las de BEBIDAS REFRESCANTES, CONSTRUCCION Y TEXTIL.

nocer los mismos datos referidos a los restantes trabajadores. La primera finalidad reviste escasa importancia práctica porque se cumple adecuadamente con otros documentos : el Libro de Matrícula, los Documentos de Cotización a la Seguridad Social y los Recibos de Salarios . El Libro de Matrícula en el que necesariamente debe firmar el trabajador al iniciar la prestación de servicios, contiene los datos básicos del escalafón, concretamente las fechas de nacimiento y de ingreso y la categoría profesional (22). Los Documentos de Cotización a la Seguridad Social también hacen referencia a la categoría profesional y deben permanecer obligatoriamente expuestos en el centro de trabajo (23). En los Recibos de Salarios que mensualmente recibe cada trabajador se hace constar la categoría y la fecha de ingreso (24). A través de los documentos citados el trabajador conoce los datos personales y profesionales que obran en su expediente. Algunos de los de sus compañeros puede encontrarlos en la relación nominal de trabajadores cotizantes a la Seguridad Social. Pero no es suficiente porque los escalafones son más completos. El interés del trabajador por conocer los datos del escalafón de los restantes trabajadores radica en que los necesita para precisar sus perspectivas de ascenso y también para comprobar si los ascensos que se han producido en la empresa desde la anterior publicación del escalafón han respetado la normativa aplicable.

2.2. ELABORACION.

2.2.1. PROCEDIMIENTO DE ELABORACION Y RECLAMACIONES DE LOS TRABAJADORES

La confección del escalafón es una actividad meramente material consistente en reflejar en un documento la realización de las categorías que ostenta el personal. Lo redacta el empresario sin intervención de

(22) Ley General de la Seguridad Social de 30-5-74, art. 65, y Orden de 7-7-67 que aprueba el modelo oficial del Libro de Matrícula.

(23) Orden de 28-12-66, art. 56, sobre campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en el Régimen General de la Seguridad Social.

(24) El modelo de recibo de salarios actualmente vigente fue aprobado por Orden de 29-11-73.

que estimen erróneos, de tal suerte que no puede considerarse definitivo en tanto los interesados no lo han aceptado o, en caso de reclamación, no aceptada por la empresa, hasta que el órgano competente haya resuelto la divergencia. Así podemos afirmar que el trámite de reclamación contra los escalafones es consustancial a su elaboración. En cualquier materia laboral la decisión del empresario puede ser impugnada pero esta oposición no obsta a lo que pudiéramos denominar ejecutoriedad del acto empresarial.

La plena vigencia del escalafón, en cambio, requiere la conformidad de los trabajadores o la sanción de la Autoridad y en este sentido podemos considerar las reclamaciones de los interesados como una participación de la elaboración del escalafón. No debe extrañar entonces que las Ordenanzas contengan normas específicas en relación con este tipo de reclamaciones. Son las siguientes:

a) En cuanto al plazo de reclamación, éste es variable según las distintas Ordenanzas. En casi todas es de quince días (CARNICAS, art. 30; OFICINAS Y DESPACHOS, art. 7). También está bastante extendido el plazo de treinta días (HOSTELERIA, art. 13; QUIMICAS, art. 28). - Como dato curioso cabe señalar la aplicación del principio del silencio positivo cuando transcurren sesenta días sin contestación en la Reglamentación de QUIMICAS.

b) La resolución de la reclamación casi nunca requiere ningún trámite reglado. Algunas Ordenanzas establecen un informe preceptivo del Jurado o Enlaces (MADERA, art. 61; SIDEROMETALURGICA, art. 23). Como trámite excepcional la de ENERGIA ELECTRICA, art. 30, prevé un recurso de reposición potestativo ante la propia Dirección que debe oír al Jurado o Enlaces.

c) Las decisiones de la empresa pueden ser recurridas ante los Organos de la Administración o de la Jurisdicción Laboral. La casi totalidad de las Ordenanzas defieren la competencia para conocer de dichas reclamaciones a la Autoridad Laboral, Delegado o Director General de Trabajo, según el ámbito de la empresa. Las Ordenanzas de ACEITE, HOSTELERIA y QUIMICAS atribuyen su conocimiento a la Jurisdicción laboral. La

que los productores afectados podrán ejercer las acciones correspondientes ante la autoridad o jurisdicción competente. Entendemos que este criterio ambivalente es el correcto,^{ya} que las reclamaciones que puedan presentarse contra el escalafón ostentan diversa naturaleza y sería absurdo que un determinado conflicto se formalizase fuera de su vía natural por el mero hecho de haber promovido con ocasión de la publicación del escalafón (25). Esta idea queda perfectamente clara después de examinar los tipos de reclamación que los trabajadores pueden deducir a la vista del escalafón:

- Alegación de inexactitud de los datos de identificación de los trabajadores incluidos en el escalafón. Cualquier error en este aspecto es fácilmente subsanable y de prueba evidente a través de las certificaciones del Registro. No es pensable un auténtico conflicto por este motivo, pero de producirse lo mismo podría solventarse en un juicio en Magistratura o mediante un procedimiento sancionador administrativo que obligase a la empresa a corregir lo que sólomente podría ser debido a irracional tuzudez.

- Alegación de inexactitud de los datos laborales (fecha de ingreso, fecha del último ascenso, etc.). Puede tratarse de un simple error material, como en el supuesto anterior, que excluye un verdadero conflicto entre partes, o puede estar fundado en contradictorias apreciaciones de hecho o de derecho, tales como el efectivo comienzo de la prestación de servicios, la celebración de sucesivos contratos sin ninguna o con breve interrupción, duración del contrato de aprendizaje que vinculó a las partes en su día, interpretación de las normas reguladoras de los ascensos, aplicación de disposiciones de derecho transitorio, etc. Los problemas enumerados por vía enunciativa son de manifiesta competencia de los órganos jurisdiccionales y no parece que una redacción, quizás irreflexiva, de la Ordenanza atribuyendo a la Autoridad Laboral

(25) La S.T.S. 31-1-66 (R.890) distingue claramente el procedimiento de Clasificación Profesional y el de reclamación contra el escalafón, aún reconociendo la estrecha relación existente entre ambos.

para derogar la atribución de competencia a la Magistratura por el hecho circunstancial de que dichos problemas se planteen con ocasión de la publicación del escalafón. Este es el criterio mantenido por las Sentencias de 14-3-69 (R.1596) y 9-6-75 (R.3367). La última es particularmente precisa "Poner de relieve la improcedente invocación hecha - por la parte de la Orden de 29-12-45 reguladora del derecho de todo - trabajador a ocupar la categoría profesional correspondiente a las fun - ciones que de modo efectivo realiza en la empresa según definición re - glamentaria de los mismos, materia ajena a la del expediente origen de estos recibos donde la controversia se ciñe a la exactitud de los da - tos de un escalafón de personal como acto informativo de la Empresa en cuanto a situaciones y posiciones de trabajadores válidas por sí mismas conforme a derechos contractual o reglamentariamente adquiridos, te - niendo en cuenta sobre todo que el escalafón configura y declara el rec - nocimiento por la empresa de la categoría profesional de cada trabaja - dor pero sin asignarla". La doctrina española ha puesto de manifiesto la diferencia de las reclamaciones contra el escalafón, según que se plantee un problema de categoría o de antigüedad.(26)

- Reclamación contra la categoría profesional otorgada por el em - presario. Normalmente el trabajador conoce perfectamente su categoría profesional sin necesidad de examinar el escalafón. Por tanto si está en desacuerdo con ella en cualquier momento cabe deducir la oportuna reclamación. Excepcionalmente si en algún caso la empresa, con incumpli - miento de sus obligaciones legales hubiera ocultado al trabajador la categoría que le asigna y se le notifica por primera vez a través del escalafón, éste reclamará en ese momento contra la categoría asignada. Nos encontramos entonces ante un supuesto claro de reclamación de ca - tegoría de los incluidos en el ámbito de la Orden de 29 de diciembre de 1.945 (27).

(26) RIVERO LLAMAS "Contrato de trabajo....."cit. pág. 53.

(27) Así lo declaró la D.Gral. de O.Trabajo en Resolución 26-10-65 (oi - tada en J.L.nº.261). La S:T.S, Social, 8-3-54 (R.916) declara la incomp - tencia de la jurisdicción laboral para conocer de la categoría con que aparecen unos trabajadores en el escalafón por entender que es materia de clasificación profesional.

jadores. La categoría de cada trabajador no es independiente de la que ostenten los demás y como regla general la clasificación profesional no se atribuye discrecionalmente al empleado, sino que está sujeta a ciertas normas cuyo cumplimiento lesiona derecho de los restantes trabajadores los cuales obviamente están legitimados para formular las oportunas reclamaciones tan pronto como las infracciones se cometan. Pero bien puede ocurrir que estas no sean conocidas hasta la publicación del escalafón en cuyo momento se otorga a todos los interesados la posibilidad de constatar la categoría de sus compañeros y de impugnar las que estime lesivas a sus derechos. Este tipo de reclamaciones entendemos asimismo que encierra un auténtico conflicto de clasificación que debe ser resuelto por los órganos de la Jurisdicción Laboral (28).

REGLAS DE ELABORACION.

a) Las Ordenanzas contienen un elenco de datos mínimos de necesaria consignación. Por supuesto que la empresa tiene la facultad de consignar todos los que estime convenientes. Nunca faltan el nombre y apellidos de los trabajadores, la fecha de nacimiento, la fecha de ingreso en la empresa y la categoría profesional. Bastantes Ordenanzas incluyen la antigüedad en la categoría y la fecha del próximo aumento retributivo por razón de antigüedad. Por último, algunas escasas Ordenanzas, disponen la obligatoriedad de hacer constar otros datos, tales como el número de orden (ACBITE, HOSTELERIA, QUIMICAS y SIDEROMETALURGICA), el salario (SIDEROMETALURGICA Y TRANSPORTES) o el cargo o puesto (SIDEROMETALURGICA)

b) Los trabajadores de la empresa deben agruparse por grupo, subgrupos y categorías. Dentro de cada categoría el orden debe ser el de antigüedad. Parece razonable entender que se trata de la antigüedad en la categoría dentro de la empresa. La mayoría de las Ordenanzas no especifican este extremo. Algunas sí lo recoge expresamente (CARNICAS, art.29; QUIMICAS, art.28; VINICOLAS, art.41). Extrañamente la Ordenanza de TRANSPORTES, art.34 sigue el criterio de la antigüedad de la empresa. El supuesto de que varios -

(28) Véase por ejemplo el problema de la formación del escalafón en un supuesto de absorción de empresa en Consulta de la D.G.T. de 30-3-74 (cit. por AYERRA, en Ord.Sid., cit.pág.88.)

trabajadores posean la misma antigüedad en la categoría es contemplado por la Ordenanza de QUIMICAS, art.28, la cual resuelve el empate a favor del más antiguo en la empresa y subsidiariamente del de más edad.

c) En cuanto a si deben relacionarse todos los trabajadores de la empresa en un solo escalafón o agrupados por centros de trabajo o por actividades, debe respetarse el mismo criterio que se haya seguido con la plantilla. Algunas Ordenanzas que resuelven este problema al tratar de la plantilla, indirectamente también lo solucionan en relación con el escalafón. Inversamente las reglas sobre esta cuestión referentes al escalafón necesariamente han de repercutir en la formación de las plantillas. Así las contenidas en las Ordenanzas de QUIMICAS, art.28 y TRANSPORTES, art.34.

El problema de la unicidad o pluralidad de escalafones adquiere pleno sentido práctico cuando se pone en relación con los ascensos. Los trabajadores de una misma categoría profesional pueden desempeñar sus funciones en distintos centros de trabajo o dentro del mismo en secciones que se ocupen de actividades muy diversas. El mantenimiento de un solo escalafón y como consecuencia de una sola línea de ascensos puede degenerar en serias perturbaciones en la organización de las empresas y en las condiciones de trabajo e incluso en la vida privada de los trabajadores. Por otra parte no cabe desconocer que en las empresas que no excedan de cierto tamaño la separación de escalafones puede contribuir al aquilonomamiento de las plantillas y a una sensible reducción, tal vez eliminación, de expectativas de promoción profesional en determinadas unidades. No cabe, pues, defender con carácter general ninguno de los dos sistemas. Por ello parece razonable que, a falta de norma expresa impuesta o convenida, la decisión al respecto se deje al empresario como integrante de su poder de dirección, si bien las importantes implicaciones que tiene para la organización de la empresa y para los trabajadores hace que la materia sea óptima para la negociación. En todo caso elementales criterios de equidad postulan que se cumplan escrupulosamente los requisitos de publicidad, generalidad y estabilidad del sistema adoptado. La Dirección General de Trabajo no pone reparos a la práctica

PUBLICIDAD.

El escalafón ha de ser publicado para conocimiento de los interesados. La publicidad es la única razón de su existencia. Se realiza en el tablón de anuncios de la empresa.

Como particularidades contenidas en algunas Ordenanzas cabe destacar las siguientes: la de COMERCIO, art.28, prescribe la notificación individual a todos los interesados. Lógicamente, después de cuanto hemos expuesto sobre el escalafón, debe entenderse que la notificación no puede ceñirse solamente a los datos que afectan a cada trabajador, sino que debe entregársele una copia del escalafón completo. Las empresas regidas por la Ordenanza de ENERGIA ELECTRICA han de entregar un ejemplar del escalafón al Jurado o Enlaces y en los centros de trabajo que por su ubicación no queden englobados dentro del ámbito del Jurado y que cuenten con más de diez trabajadores han de conservar un ejemplar a disposición de los interesados (art.30). La única Ordenanza que impone la remisión del escalafón a la Autoridad Laboral es la de QUIMICAS, art.28.

(29)R.10-11-70(citada por AYERRA, en "Ind.Sidero", cit.pág.89).

1. LA CONTRACTUALIDAD DE LAS FUNCIONES.

1.1. CONTRATACION DE FUNCIONES Y ASIGNACION DE CATEGORIAS.

La delimitación de las funciones que constituyen el objeto de la prestación laboral ha sido resaltada como una exigencia de la naturaleza libre del contrato de trabajo y por otra parte se ha puesto de manifiesto la utilidad de la categoría como medio para efectuar dicha delimitación. Partiendo de estas premisas hemos de abordar el tema del nacimiento de la categoría profesional analizando en qué momento se produce y cuál es la incidencia de la voluntad de las partes del contrato de trabajo y de las facultades directivas empresariales sobre dicho nacimiento.

En la Ley de Contrato de Trabajo abundan las expresiones de significado inequívoco en cuanto a la contractualidad de las funciones: "la clase o clases de trabajo objeto del contrato" (art.16, sobre cláusulas en los contratos escritos); "mayor trabajo u otro del acordado" (art. 64 que alude a supuestos en que debe prestarse trabajo distinto del corriente); "la ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fué contratado" (art.77, sobre justas causas de despido); "exigir el empresario trabajo distinto del pactado" (art.78, como justa causa de terminación del contrato por voluntad del trabajador). Cabe notar que ninguno de los textos citados alude a la categoría profesional como instrumento a través del cual se forme la voluntad de las partes o que posteriormente sirva para concretar o probar el contenido de dicha voluntad. Sin embargo en nuestro derecho positivo existen normas que exigen la clasificación profesional precisamente a través de alguna de las categorías de aplicación en el ámbito en que se desenvuelve la relación laboral. Todas las Ordenanzas con unanimidad exenta de cualquier fisura preceptúan la obligatoria clasificación de los trabajadores en los grupos y categorías que relacionan (1). Y esta concre -

(1) En las actividades, muy pocas y de ámbito muy reducido, que todavía no hayan sido reglamentadas, la clasificación profesional habrá de ajustarse a las categorías contenidas en la Orden de 31-12-45, como ya hizo no-

ción no puede posponerse a un momento posterior al de la iniciación del trabajo, aunque curiosamente las normas que imponen esta obligación pertenecen al ordenamiento de la Seguridad Social. La Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1.974, art.65, dispone la inscripción de los trabajadores en el Libro de Matrícula desde que se inicia la prestación de servicios y la Orden de 7 de Julio de 1.967 que desarrolla este precepto incluye entre los datos de necesaria consignación la categoría del trabajador. Los datos que acabamos de exponer no deben llevarnos a una confusión entre la contratación de funciones y el nacimiento de la categoría profesional. Lo que necesariamente debe concertarse son las funciones, pero en ninguna de las normas citadas ni en cualquiera otra que pudiera citarse se dice que la categoría deba ser necesariamente concertada por la partes y sí pueden citarse textos legales que afirman que la clasificación profesional constituye un acto del empresario. La Orden de clasificación profesional de 29 de diciembre de 1.945, art.12, contempla el supuesto de que un trabajador estime que "la categoría que tiene asignada no corresponde a la función que efectivamente realiza". y el mismo artículo alude a "la diferencia entre el sueldo de la categoría que le fué asignada por la empresa y el de la función que efectivamente realice". En las Ordenanzas encontramos también referencias a la clasificación efectuada por el empresario (2).

La conclusión a que debemos llegar es la de que nuestro derecho positivo mantiene el principio de contratación de las funciones objeto de prestación laboral al mismo tiempo que regula la clasificación funcional de los trabajadores como un acto distinto que dimana unilateralmente del empleador. La configuración del acto de clasificación profesional como unilateral no quiere decir que la categoría no pueda ser acordada asimismo por las partes. De existir este acuerdo es indiscutiblemente lícito y vincula al empleador cuando clasifique al trabajador.

tar OJEA GONZALEZ, ENRIQUE "la clasificación profesional de los trabajadores", pág.26. Valencia 1.946. Con posterioridad se ha publicado la Ordenanza de Oficinas y Despachos.

(2) Por ejemplo, la SIDEROMETALURGICA, art.17, "Las empresas clasificarán al personal".

La categoría debe ser contratada a través de dos vías diferentes.

La primera, de carácter excepcional, se da cuando los sujetos del contrato acuerdan que el trabajador ostente una categoría distinta de aquella que le correspondería de acuerdo con las funciones que va a realizar. Este fenómeno es abordado más adelante y ahora queremos resaltar únicamente cómo corrobora la idea de la separación entre contratación de funciones y asignación de categoría. La otra modalidad de contratación de la categoría consiste en identificar las tareas contratadas por el contenido de una determinada categoría y responde a las ventajas que ofrece la categoría como instrumento delimitador del objeto de la prestación de trabajo. Cuando los sujetos de un contrato laboral, al especificar "la clase o clases de trabajo objeto del contrato", en lugar de referir las tareas propias de estos trabajos, acuerdan que se realizarán las funciones propias de la categoría x, simultáneamente están contratando su prestación futura y la categoría que ha de ser asignada. La coincidencia en el tiempo y en la forma de concretarse ambas estipulaciones no las priva de su naturaleza jurídica diferenciada y si se superponen es debido solamente a la conveniencia de las partes interesadas.

1.2. LIBERTAD DE CONTRATACION DE FUNCIONES.

La contratación de funciones goza de un amplísimo margen de libertad (3). En todo caso interesa recalcar que el imperativo legal de clasificar a los trabajadores de acuerdo con el esquema de categorías previamente establecido no supone la obligación de que el ámbito de las funciones contratadas se correspondan exactamente con el de dichas categorías, las cuales no persiguen la eliminación o reducción de la l

(3) VILLA, L.E. DE LA. "Esquemas de Derecho del Trabajo" (Apuntes Universidad Valencia, curso 1.971-1.972), pág. 315. "Inicialmente el empleador y el trabajador pueden concertar la prestación libre de todo trabajo (en la medida en que no se atente a la ley, moral u orden público.)"

bertad contractual de las partes sino la incardinación de todos los trabajadores en grupos homogéneos a efectos de aplicación de las normas .

(4).- La sumisión a las normas sobre clasificación profesional comienza después de la contratación de las funciones. Las partes son libres para concertar las tareas que estimen convenientes, pero no para convenir una categoría inferior a la correspondiente a las tareas contratadas. El carácter tutitivo de la legislación laboral se manifiesta a través de la clasificación profesional mediante el establecimiento de niveles mínimos escalonados de condiciones por encima de los que rigen para toda la población laboral. De hecho las prestaciones contratadas pueden coincidir con el contenido de una determinada categoría o pueden abarcar sólo algunas tareas de la misma o por el contrario tareas correspondientes a diversas categorías (5). Por supuesto que la ausencia de unas tareas en la descripción de las categorías aplicables tampoco impide la contratación de dichas tareas.

La hipótesis de que un mismo trabajador ejecute funciones de varias categorías es contemplada en varias Ordenanzas laborales (6), las cuales ni siquiera se plantean el problema de si ello es correcto. Lo dan por supuesto y únicamente se preocupan de regular cuál debe ser la categoría asignada al trabajador, cuestión que en su momento abordaremos. La jurisprudencia es congruente con esta postura y la S.T.S. CA. 10-12-73 (R.5059) desarrolla una doctrina muy luminosa al respecto : "Si de ello (de la Reglamentación) resulta que por practicar determinadas tareas corresponde encuadrar al trabajador en específica categoría no tiene por qué ser cierta en sentido jurídico la proposición inversa, es decir, que clasificado un trabajador en concreta clase profesional haya de agotar sus actividades en funciones reglamentariamente signifi

(4) GIUGNI "Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro", Nápoli, 1963, pág.33.

(5) VALDES DAL RE, F. "La ruptura del principio de correspondencia función-categoría por ejercicio del ins variandi empresarial". Rec. Pol. Soc n.º. 103, julio-sep. 1.974, pág.5. No es lícito negar la validez teórica de un objeto contractual determinado con relación a una pluralidad de cometidos, incluidos total o parcialmente en el ámbito funcional de varias categorías.... ni de otro prefigurado con referencia a una pluralidad de tareas incluidas sólo parcialmente en el marco funcional de una categoría."

(6) Pueden consultarse las de CONSTRUCCION, art. 51 y TEXTIL, art. 68.

cadras tan sólo con fines taxonómicos de categorías profesionales, pues de no ser así vendría a ser rémora el encuadramiento laboral para la organización y explotación de la empresa con imposibilidad de cálculo microeconómico y perjuicio evidente para el propio trabajador, por cuanto convertiría en máximas condiciones mínimas con el consecuente quebranto del principio de libertad contractual sujeta al ordenamiento jurídico de incoherencia con el espíritu que informa los arts.1,2 p.1º, 9y 22 de la L.C.T..... de tal manera que sí el Reglamento puede y debe ser defensa del rproductp contra abusivas clasificaciones profesionales o unilateral acumulación de funciones por parte de la empresa, en nada empere a la posibilidad de que causísticas lagunas en su normativa precisamente resulten cumplidas de modo contractual..... lo que induce a estimar compatibles funciones reglamentariamente enunciadas para definir una categoría profesional con otras voluntariamente pactadas." No obstante podemos citar una Sentencia del Tribunal Supremo, Sala VI , de 28-5-62 (R.2937), que con un criterio un tanto extraño entiende que no pueden encomendarse a un trabajador funciones correspondientes a dos categorías diferentes e incluso que un pacto en tales términos está viciado de nulidad (7).

La libertad de contratación no es, sin embargo, tan amplia que no conozca limitaciones. A ellas vamos a referirnos:

a) Normas protectoras de la salud y moralidad de los trabajadores. En todos los ordenamientos iuslaboralistas desde sus orígenes han sufrido normas prohibitivas de aquellos trabajos que se consideran especialmente peligrosos para mujeres y menores. Esta prohibición se encuentra enunciada con carácter general por la Ley de Relaciones Laborales, art.6º., y la enumeración de los trabajos prohibidos se encuentra fundamentalmente en el Decreto de 26 de Julio de 1.957 (8). Similares motivaciones han dado vida a la prohibición de que los trabajadores con capacidad disminuída realicen trabajos para los que no son aptos (9).

(7) Se refiere concretamente a un trabajador clasificado como conductor mecánico que se compromete expresamente a cubrir el puesto de peón si por cualquier motivo fuese de conveniencia de la empresa.

(8) Un estudio sobre esta normativa así como su enumeración puede consultarse en FERNANDEZ MARCÓS, L. "La seguridad e Higiene del trabajo como obligación y como deber público". Madrid 1.975, pág.161 s.

(9) Así la Ord.Gral.de Seg.e Hig.de 9 de marzo de 1.971, art.7º.6.

ben a los menores los trabajos que puedan resultar nocivos para su formación moral. La prohibición se encuentra en el citado artículo de la Ley de Relaciones Laborales y en los arts. 175 y 176 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Consignamos estas limitaciones únicamente a efectos sistemáticos y de recordatorio, sin insistir en ellos por cuanto su estudio escapa del ámbito de nuestra investigación.

b) Normas sobre títulos y habilitaciones oficiales. Los títulos en ocasiones no sólo sirven para acreditar un saber sino que además constituyen un requisito necesario para el ejercicio de determinadas funciones de la actividad a que se refieren. Por otra parte el ejercicio de determinadas funciones (conductor de vehículos, vigilante con armas, etc.) requiere un permiso o habilitación oficial.

El ejercicio de funciones propias de una profesión sin poseer el correspondiente título constituye delito de intrusismo, previsto en el art. 321 del Código Penal, con lo que la sanción penal supone una fuerte protección del trabajo con titulación.

c) Las categorías de entrada. Las Ordenanzas Laborales han introducido importantes limitaciones en la libre contratación de funciones mediante el establecimiento de categorías de entrada. Los trabajadores sólo pueden ser admitidos para desempeñar las funciones correspondientes a dichas categorías, que suelen coincidir con los escalones más bajos dentro de cada profesión o especialidad, a no ser que no existan en la empresa trabajadores capacitados para desempeñar las funciones superiores. Las Ordenanzas suelen incluir esta materia en los artículos dedicados a los ascensos y ello es consecuencia lógica del significado de la limitación, ya que con ella se pretende proteger el derecho al ascenso del personal vinculado a la empresa. La prohibición literalmente se refiere a la admisión de trabajadores en categorías que no sean de entrada, pero si tenemos en cuenta que la clasificación en una categoría inferior a la que corresponden las funciones desempeñadas debe considerarse fraudulenta, ha de concluirse que la prohibición afecta a la libre

Las fórmulas utilizadas por las Ordenanzas en esta materia son básicamente las siguientes:

- Enumeración expresa de categorías de ingreso. Las encontramos únicamente en la Ordenanza de COMERCIO, art.23.

- Establecen que ciertas vacantes que se relacionan en cada caso han de cubrirse necesariamente mediante ascenso de los trabajadores de la inferior categoría, de varias categorías expresamente señaladas o de toda la empresa en general, con lo cual se viene a prohibir la contratación de trabajadores para realizar las funciones de las categorías afectadas mientras existan en la empresa trabajadores capacitados para desempeñarlas. Este es el sistema utilizado por la generalidad de las Ordenanzas.

- Otras Ordenanzas, concretamente CARNICAS, art.33, y CONSTRUCCION art.69, además de contener reglas del tipo de las indicadas en el apartado anterior, establecen con carácter general la preferencia de los trabajadores de la empresa para ocupar cualquier vacante en igualdad de condiciones. En estos supuestos la prohibición de contratación queda debilitada, pues no la impide la existencia en la empresa de trabajadores con aptitud para cubrir las vacantes si los trabajadores de nueva contratación reúnen superiores méritos.

- La Ordenanza SIDEROMETALURGICA, art.19, adopta una postura original que merece una consideración individualizada. Por una parte enumera las categorías de entrada en el art.19 y por otra en el art.siguiente admite dos excepciones de tan amplio alcance que prácticamente permite a la empresa una casi total libertad en la admisión de trabajadores. Primera excepción: "El personal titulado oficialmente o aquél que por la índole de su trabajo requiere conocimientos especiales o suponga una especialidad en el desempeño de sus funciones, queda exento de las normas precedentemente fijadas, siendo en este caso facultad de la empresa su admisión en la forma que crea más conveniente, pero respetando siempre en el Registro respectivo a su categoría el orden de antigüedad que corresponde al resto del personal cuando lo hubiere"

Segunda excepción: La empresa que por necesidades de organización tenga precisión de admitir personal ajeno a la misma en categorías superiores a las señaladas para el ingreso podrá hacerlo sin que dicho personal ocupe plaza en las correspondientes plantillas". Este sistema es censurable porque disocia las plantillas de la realidad de la empresa y admite la ficción de que la carrera profesional del trabajador se desarrolle a través de unas plantillas meramente nominales que enmascaran los puestos realmente existentes.

2. EL ACTO DE CLASIFICACION PROFESIONAL

2.1. NATURALEZA.

La clasificación de los trabajadores mediante la atribución de una categoría se lleva a cabo en virtud de un acto de decisión empresarial. La doctrina española ha enmarcado este acto dentro del poder de dirección (10). Las facultades directivas en esta materia tienen muy poco de discrecionales ya que la clasificación del personal se reduce a contrastar las funciones contratadas con el sistema de categorías aplicable en cada caso subsumiendo aquellas en la categoría que resulte más adecuada. Unicamente en la medida en que las funciones contratadas no encajan exactamente en ninguna categoría y surgen razonables dudas sobre los posibles encuadramientos, supuesto más frecuente de los que fuera deseable, puede hablarse de una cierta discrecionalidad. También puede ocurrir que el empleador asigne la categoría profesional en cumplimiento de un acuerdo sobre la misma con el trabajador, pero incluso entonces la clasificación no se sustrae al ámbito de los actos empresariales ya que es el empresario quien en todo caso clasifica al trabajador, si bien este ostenta el derecho a exigir que el acto clasificatorio se ajuste a lo pactado, y a impugnar la clasificación efectuada.

(10) MONTOYA MELGAR, A. "El poder de dirección del empresario". Madrid, 1.965, pág.162.

2.2. NOTIFICACION DE LA CLASIFICACION PROFESIONAL.

El acto de clasificación profesional se exterioriza de diversas formas. Individualmente el empresario puede comunicarlo al trabajador por el conducto que estime conveniente, como puede ser una carta de admisión o un carnet. Son estos instrumentos de organización interna de la empresa de libre utilización, Pero la trascendencia de la clasificación profesional para el desarrollo normal de la vida del contrato ha movido al legislador a preceptuar una notificación obligatoria de la categoría asignada. En Italia el acto de notificación tiene una entidad específica.(11) . En España la notificación se realiza a través de documentos que persiguen una finalidad primaria distinta y que indirectamente, aunque por imposición legal expresa, cumplen también esta función. Nos estamos refiriendo al Libro de Matrícula y a los recibos de salarios. El trabajador tiene conocimiento de la categoría asignada en el mismo momento en que inicia la prestación de servicios a través del Libro de Matrícula. El modelo vigente del Libro de Matrícula, aprobado por Orden 7 de julio de 1.967, incluye entre otros apartados el de la categoría profesional del trabajador quien debe estampar su firma en muestra de conformidad con los datos consignados. Cual - quier modificación posterior de la categoría profesional requiere nueva inscripción con la firma del interesado. Además de la notificación de la categoría a través del Libro de Matrícula cuando le es asignada al trabajador inicialmente o en virtud de notificación posterior, aquélla es confirmada mes por mes en el recibo oficial de salarios una de cuyas casillas está reservada para consignar este extremo, (12) en cumplimiento del art.8 de la Orden de 29 de diciembre de 1.945 donde se dispone que en los documentos justificativos de los salarios se hará constar la categoría de los trabajadores.

(11) Establece esta obligación el art.96 del Código Civil.Un estudio en profundidad del tema puede verse en GIUGNI "Mansioni e qualifica.." cit.págs.129 a 173.

(12) El modelo actual vigente ha sido aprobado por Orden 29-11-73

La categoría profesional no afecta solamente al trabajador que la ostenta cuando éste presta servicios en una unidad que agrupa a una pluralidad de trabajadores, sino que puede tener repercusión sobre la clasificación de sus compañeros. Por este motivo es conveniente dar publicidad a las categorías, la cual se consigue plenamente con la publicación periódica del escalafón (13). Aún cuando no persigue esta finalidad, puede llenarla bastante satisfactoriamente la exposición de los documentos de cotización a la Seguridad Social prevista en el art.54 de la Orden de 28 de diciembre de 1.966 sobre campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en el régimen general de la Seguridad Social, ya que dichos documentos comprenden una relación nominal de trabajadores con la categoría que tienen asignada.

El acto de notificación de la categoría puede resultar afectado por un error. No nos referimos al supuesto, que será estudiado en el apartado siguiente, de error en el acto mismo de clasificación en virtud del cual el empleador confiere una categoría incorrecta, sino al mero error material o de transcripción en los documentos a través de los cuales se realiza la comunicación de la categoría. Entendemos que cuando esta equivocación va acompañada de otras manifestaciones, entre las cuales el pago del salario es la más importante, que pueden generar en el trabajador una razonable creencia de que el empleador ha querido otorgarle una más ventajosa categoría, no cabe la corrección del error. Ahora bien cuando la errónea comunicación no se corresponde con el tratamiento dispensado al trabajador o cuando la discordancia entre categoría y función sea manifiestamente desproporcionada entonces no genera en el trabajador ninguna convicción de haber sido mejorado y podrá por tanto corregirse la errónea comunicación de la categoría.

(13) El estudio de los escalafones se aborda con la debida amplitud en el capítulo cuarto.

El mandato legal de clasificar a los trabajadores en alguna de las categorías previstas para la actividad en que se desarrolla la relación laboral impone al empresario una tarea de especial dificultad dado que la asignación de una categoría profesional es el resultado del proceso lógico de comparar las funciones que desempeña el trabajador, o en su caso las que han sido contratadas, con el cuadro de categorías aplicables, y ocurre frecuentemente que la correspondencia entre unas y otras resulta muy débil, ya que la realidad de la empresa es mucho más rígida y compleja que la descrita en los esquemas rígidos de las categorías. El acto clasificatorio resulta casi mecánico cuando el trabajador ejecuta habitualmente y con destreza las funciones exactamente descritas en cualquiera de las categorías tipo y deberá someterse a reglas de aplicación no siempre sencilla cuando no sea así. En el presente estudio de nuestra investigación resulta superfluo insistir en la imposibilidad de elaborar un sistema de clasificación profesional que incluya la definición de todos los puestos de trabajo posibles. Bien puede ocurrir que las funciones de un trabajador ni siquiera estén previstas en las Reglamentaciones o Convenios. Aún sin llegar a este extremo, será más bien casual que las tareas sean precisamente todas y solas las definidas en una categoría. Puede ejecutar solamente parte de ellas o por el contrario puede suceder que la función desempeñada incluya tareas correspondientes a diversas categorías. También puede ocurrir que las tareas sean análogas a las descritas en la categoría, pero sin llegar a coincidir exactamente. Y por último se da el supuesto de que durante unos periodos se realicen las propias de una categoría y durante otros, las de otra distinta. Vamos a tratar de fijar los criterios con que debe afrontarse la tarea de lograr la mayor correspondencia posible entre la función y la categoría.

3.1. CRITERIOS DE GENERAL APLICACION.

La subsunción de funciones en las categorías previstas cuando la correspondencia entre funciones realizadas y las definidas en las normas aplicables no sea rigurosa debe tener en cuenta las siguientes reglas que han sido elaboradas fundamentalmente en base a la jurisprudencia.

1ª. Para ostentar una determinada categoría no se precisa la realización de todos los cometidos enumerados en la misma, pero sí de los principales, "la función básica y tipificadora", según expresión feliz utilizada por la Jurisprudencia (14).

Por lo mismo cuando las funciones propias de dos categorías profesionales sean en parte coincidentes y en parte diferentes, para ostentar la superior categoría será necesario ejecutar precisamente las que diferencian y caracterizan aquélla (15).

2ª. No constituye obstáculo a la clasificación en una categoría la realización de tareas no enumeradas en la misma, siempre que sean similares a las que se consignan expresamente. Este es el sentido que debe atribuirse a la prescripción de las Ordenanzas cuando establece que son enunciativos los cometidos asignados a cada categoría, pues todo trabajador está obligado a efectuar cuantos trabajos le ordenen sus superiores, dentro de los generales cometidos de su competencia profesional (16). La fórmula utilizada por este grupo de Ordenanzas enfoca

(14) S.T.S.CA. 7-5-76 (R.2550) "El encuadramiento clasificatorio ha de hacerse teniendo a la vista la función básica o esencial tipificadora de la categoría pretendida, según la definición de la norma laboral correspondiente". Coinciden las S.T.S.CA. 21-5-76 (R.2967) y 4-6-76 (R.3096).

La misma Orden se maneja en la R.D.G.O.T. 10-1-65 (citada por J.L. nº. 225) "Las definiciones reglamentarias tratan de configurar las categorías profesionales enumerando sus funciones más características, pero ello no quiere decir que deba el reclamante realizarlas todas para que le sea reconocida la que solicita, siendo suficiente con la prestación de las que fundamentalmente tipifican cada categoría".

De anómala puede calificarse la S.T.S.CA. de 14-3-75 (R.1802) "su acceso a ella (a una categoría superior) sólo puede darse en este caso verse determinada por la circunstancia de que en la práctica realizasen efectivamente todas y cada una de las diversas y complejas funciones que se encuentran en el art. 11 de la Reglamentación".

(15) S.T.S.CA. 22-12-70 (R.5550) "No son las (funciones) básicas y esenciales de las a tal categoría atribuidas sino que son.... de tipo más bien complementario de aquéllas". Coinciden en esta apreciación la S.T.S.CA. 11-10-73 (R.3579) 4-2-76 (R.743).

(16) La fórmula es casi coincidente en varias Ordenanzas. Por ejemplo, BEBIDAS REFRESCANTES, art. 6; CARNICAS, art. 12; ACEITE, art. 6.

nal sobre el trabajo exigible e indirectamente mantienen la afirmación de que en el ámbito de las categorías se contienen otras tareas además de las expresamente enumeradas. Con acertada precisión la Ordenza de TRANSPORTES, art. 25, matiza que "el contenido de las definiciones que se consignan en los precedentes arts. pretenden tan sólo recoger los rasgos fundamentales de las categorías definidas, sin agotar las funciones asignadas a cada una de ellas, que en todo caso serán las derivadas de las peculiaridades de la industria".

3ª. Si aparece dudosa la inclusión de las tareas en dos o más categorías por la imprecisión en la redacción de las mismas, el principio de interpretación de las normas en favor del operario postula que se le atribuya la más elevada. "No parece justo que ante la falta de un exacto acoplamiento entre la redacción del apartado tercero de dicho artículo y las tareas del productor - por otra parte tampoco acomodadas a las indicadas para los auxiliares en el apartado cuarto- debe resolverse de modo que la dificultad de acoplar la redacción tanto de uno como de otro apartado a las efectivas actividades del productor perjudiquen a éste". (S.T.S., CA. de 2-10-62/.R.3562) (17).

3.2. LA ^{ACUM} ~~ANULACION~~ DE FUNCIONES DE DIVERSA CATEGORIA.

Un mismo trabajador puede realizar funciones correspondientes a dos o más categorías profesiones. La acumulación puede tener lugar en el trabajo normal que efectúa a lo largo de todo el año o puede consistir en la prestación de funciones diferentes según las épocas del año y de acuerdo con las variaciones en la actividad de la empresa. Examinaremos separadamente ambas hipótesis.

4ª. EJECUCION HABITUAL DE FUNCIONES DE DIVERSA CATEGORIA

Las tareas que se desarrollan en las empresas son de gran diversidad y además susceptibles de frecuentes variaciones. Por ello todos los sistemas de clasificación profesional renuncian a crear una categoría

(17) Aplica el mismo criterio, la S.T.S. CA. 20-2-68 (R.912) en un supuesto en que las funciones realizadas eran intermedias entre las de dos categorías opta por atribuir la más elevada, acudiendo a la aplicación de la analogía.

para cada tarea y agrupan varias de ellas para elaborar el contenido de las diversas categorías. La decisión de configurarlas con un haz más o menos amplio de funciones se adopta teniendo en cuenta las ocupaciones que normalmente desempeñan los trabajadores y a su vez el que se encomienden a un mismo trabajo mayor o menor número de tareas está condicionado por la dimensión de la empresa, ya que existe estrecha correlación entre esta circunstancia y la división del trabajo. Las categorías legales suelen basarse en empresas de tipo medio y ello trae como consecuencia que en la pequeña empresa los trabajadores tengan encomendados frecuentemente trabajos de distinta categoría con carácter habitual. Este fenómeno debe deslindarse de otros afines, cuales son la ejecución de funciones comunes a diversas categorías y la realización excepcional de trabajos de distinta categoría encomendados por el empresario en ejercicio del poder de variación que tiene reconocido.

El primero de ellos se refiere a que algunas tareas están incluidas dentro del contenido de categorías distintas, bien sea porque la descripción legal de las mismas expresamente las abarca, bien sea porque la realización de la función de una categoría frecuentemente implica la de otras categorías inferiores. La apreciación es clara en aquellas ocupaciones que pueden ser desarrolladas con un creciente grado de perfección correspondiente a categorías diferenciadas. Un soldador o un administrativo de primera también suelen realizar los cometidos de los oficiales de segunda y de tercera. Expresada la misma idea bajo otra perspectiva, podemos afirmar que un oficial de tercera realiza cometidos coincidentes con los que son propios de los oficiales de superior categoría. En estos casos debe aplicarse la regla, enunciada en el apartado anterior, de que la clasificación debe atender a las notas que caracterizan e individualizan a cada categoría y no a las que son comunes con otras. Pero mientras no se realicen con promiscuidad las tareas esenciales a varias categorías no cabe hablar de acumulación de trabajos de distinta categoría.

En cuanto a la diferenciación entre ejercicio habitual y encargo excepcional de trabajos de distinta categoría debe tenerse en cuenta

que la habitualidad entraña una dimensión esencialmente cronológica caracterizada por la repetición de tareas en periodos próximos. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo acoge la distinción entre trabajos habituales y ocasionales sin que haya elaborado unos criterios claros y generalizados para diferenciarlos (18). La indeterminación del concepto entendemos que recibe una precisión rica en consecuencias si al aplicarlo a los trabajos de la empresa se admite que los trabajos habituales son los que corresponden al proceso de producción y los que atienden las necesidades permanentes de la empresa, matización que conecta la habitualidad con el concepto de trabajador fijo. Entonces estarían afectados por la excepcionalidad inherente al ejercicio del poder de variación empresarial los trabajos que escapan a una planificación previa o que debiendo efectuarse muy de tarde en tarde apenas tienen incidencia en la ocupación habitual de los trabajadores, mientras que aquellos que surgen de forma ordinaria, aunque sea intermitente, deben ser encomendados a los trabajadores de acuerdo con su categoría profesional y son los que pueden originar la acumulación de funciones de diversas categorías cuando los cometidos de una de ellas no es bastante para saturar la jornada de un trabajador.

La clasificación del trabajador cuyas funciones corresponden a distintas categorías se enfrenta con el problema inicial de asignarle una o varias categorías. La propia naturaleza de la categoría profesional y los fines que persigue, especialmente la adscripción de todos los trabajadores a grupos homogéneos que faciliten la fijación de retribuciones y de condiciones generales laborales en general, se opone a una dual clasificación profesional. Distinto sería asignarle una sola categoría y reconocer el derecho a percibir con carácter permanente una compensación económica por los trabajos de superior categoría que realice, solución que viene a equivaler a reconocer una categoría (o más exactamente sus efectos) intermedia entre ambas. También es posible optar la categoría inferior y percibir la diferencia económica exacta

(18) Pueden consultarse las SS.T.S.CA.8-10-64(R.4615) y 16-6-76(R.3605)

que cuando estos se realizan en cumplimiento de una Orden dimanante del poder de variación empresarial. Este principio de variabilidad del tratamiento puede ofrecer una adecuada evaluación patrimonial de las varias actividades contratadas (19).

La solución dada al problema de la acumulación de funciones de distinta categoría por la doctrina y la jurisprudencia rechaza la categoría plural y también la asignación de una categoría con un tratamiento variable según los trabajos ejecutados en cada momento y se inclina por la atribución de una sólo categoría que produzca efectos uniformes al margen de la actividad concreta en cada instante realizada. (20) Los criterios para decidir cuál sea esta categoría son básicamente dos, el cuantitativo y el cualitativo. El primero mide el tiempo que se dedica a cada una de las funciones, mientras que el segundo otorga supremacía a la de mayor valor prescindiendo de comparaciones temporales. La doctrina italiana ha elaborado el concepto de "Función prevalente" (en sentido cuantitativo) y "función preeminente" (en sentido cualitativo) (21).

En el derecho del trabajo español se ocupan de esta cuestión las Ordenanzas. Dos son las soluciones que aportan:

- La casi totalidad de las Ordenanzas se inclinan por la categoría superior. Entre las mas extendidas pueden examinarse las de CONSTRUCCION, art. 51 y TEXTIL, art. 68. Con una redacción literalmente idéntica ambas determinan que "se clasificarán con arreglo a la actividad de superior calificación, percibiendo el salario de la misma".

- La Ordenanza SIDEROMETALURGICA, art.16, reconoce al trabajador la categoría correspondiente al trabajo o actividad "predominante",

(19) La afirmación es de GIUGNI "Mansioni e qualifica..."cit.pág.220.

(20) TORRES MESA, M. "Aspectos de la relación laboral. La clasificación profesional del trabajador". Rev. de Tr. oct. 1953, pág. 1026.

(21) La jurisprudencia de este país acepta preferentemente el criterio de prevalencia, si bien los conceptos jurisprudenciales se han ido afinando y se admite también la preeminencia, sobre todo cuando se trata de funciones autónomas y no complementarias. Vide NAPOLETANO, D. "Categoría qualifiche e mansioni nel rapporto di lavoro" (vol. 68.) Il diritto del lavoro nell'elaborazione giurisprudenziale). Roma 1.973, pág. 45, con abundante cita de sentencias.

siempre que no sea inferior a la que ostentare. La expresión predominate pudiera entenderse en el sentido de actividad más elevada o superior interpretación que encajaría dentro del criterio tradicional, pero la jurisprudencia administrativa lo ha interpretado en sentido cuantitativo (22).

Conviene recalcar que la propia Ordenanza SIDEROMETALURGICA en el supuesto del pesador o bombero que simultanee las funciones propias de su categoría con las de otra superior, determina que deberá ser clasificado en esta última.(Anexo2).

En general la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Administrativa del Ministerio de Trabajo han tomado partido por la tesis cualitativa (23).

En cuanto al juicio que nos merecen ambos criterios lo hemos formado en base a las siguientes consideraciones. Cuando las funciones de diversa categoría se realizan de manera constante o periódica por exigencia de la propia actividad normal de la empresa los principios de condición más beneficiosa y de evitación del enriquecimiento injusto postulan el reconocimiento de la categoría más ventajosa, sin que se aprecien motivos para acudir al cronometraje del tiempo dedicado a cada tarea y esto incluso en el supuesto de que la dedicación a la tarea más elevada sea sensiblemente más reducida. Dicho en otros términos, la habitualidad simultánea de varias funciones debe inclinar a la primacía de la más ventajosa. De no ser así se abrirían amplios cauces al fraude. El empresario podría evitar la atribución de las categorías más elevadas por el sencillo procedimiento de repartir entre varios trabajadores las tareas más delicadas. Así, por ejemplo, una empresa que necesitase una plantilla de un oficial de primera y cuatro de segunda, podría mantener

(22) Res.D.G.T. de 20-3-73 (citada por AYERRA, en "Ind.Sidero, 5ª.edic. Madrid 1.975, pág.74): "El término predominante hace relación al tiempo invertido, no a la calidad o importancia de la actividad, ya que lo contrario conduciría al absurdo de que un mínimo desempeño de alguna tarea superior sirviese para calificar, en su conjunto, el Status profesional de un trabajador".

La Res.de la D.G.T.9-12-75 (B.O.MT, marz.76, Ref.3-96) Sidero, Supera la dedicación cuantitativa y al concluir que las dos tareas ejecutadas guardan una relación de 50 a 50, se inclina por la más elevada.

(23) Pueden consultarse la S.T.S.CA.27-1-73 (R.374) y la Res.D.G.T.28-3-69 (B.O.MT, mayo 69, Ref.5-101).

metidos del oficial de primera entre los cinco, ya que entonces todos - ellos dedicarían la mayor parte de su jornada a los trabajos de inferior categoría.

Unicamente cuando la ejecución de trabajos de más elevada valoración tiene lugar muy esporádicamente sin sujeción a un ritmo previsible es cuando podrían ser considerados accidentales y no tenidos en cuenta para la asignación de categoría. Sin embargo entendemos que ni siquiera entonces puede generalizarse la aplicación del criterio cuantitativo, ya que no puede obviarse que el funcionamiento de las empresas requiere trabajos especialmente cualificados que se realizan muy pocas veces y por ello difícilmente existirían trabajadores cuyo cometido habitual consista en realizarlos. Pero lo cierto es que estos trabajadores son imprescindibles a la empresa y que son valorados no por los cometidos a que se dedican durante mayor número de horas o de días, sino por los que realizan en determinados momentos y circunstancias. Piénsese, por ejemplo, en una fabricación en serie con periódicos cambios de modelos. Al producirse las modificaciones es cuando entra en juego la destreza de los trabajadores más cualificados y una vez en marcha la serie deben ocuparse de tareas rutinarias. Hay trabajos en que estas periódicas intervenciones no tienen lugar cada varios días incluso diariamente, pero durante breves momentos, como en el caso de mecanismos de gran precisión que requieren una puesta a punto muy frecuente. Otros ejemplos pueden ser el de una fábrica que trabaja normalmente en serie, pero que en ocasiones realiza modelos por encargo, o el de los técnicos que sólo ejercen las funciones de superior categoría cuando se produce una avería. Los ejemplos expuestos son ya suficientes para poner de manifiesto que no resulta absurdo calificar la situación funcional de los trabajadores por el mínimo desempeño de alguna tarea superior. Nos parece excelente el criterio sustentado al respecto por la S.T.S.CA, 5-3-68 (R.1284) "Sin que a tal clasificación (En la categoría más elevada) sea obstáculo el hecho de no agotar la jornada en esa tarea, si, como está demostrado, cubre en el tiempo empleado diariamente la labor que la empresa necesita para

La solución de este problema entendemos que sólo puede alcanzarse adoptando el principio de que el trabajador que realiza funciones de categorías diversificadas debe ser clasificado de acuerdo con la más importante, pero evaluando la importancia no solamente en relación al alcance cuantitativo o a la jerarquización de los diversos trabajos sino también considerando su trascendencia en la organización empresarial concreta en que se prestan. Cuando alguna de las funciones posea tal relevancia cualitativa que constituya la razón de ser del contrato de trabajo por la cualificación requerida en el trabajador y por su incidencia en la vida de la empresa debe primar sobre criterios meramente cuantitativos. En cambio cuando las funciones superiores además de realizarse muy esporádicamente resulten accesorias en la marcha de la empresa no se ve razón para mantener el criterio cualitativo (25).

3.2.2. FUNCIONES VARIABLES SEGUN LA TEMPORADA.

Las actividades denominadas de temporada unas veces se interrumpen totalmente al término de la misma, provocando la ruptura o la suspensión de todos los contratos de trabajo, en tanto que otras veces continúa durante el resto del año con una plantilla reducida, o excepcionalmente con la misma, que se dedica entonces a la obtención de una producción atenuada o que atiende las labores de mantenimiento de las instalaciones o los productos, de administración o de comercialización. En este supuesto bien puede ocurrir que algunos trabajadores fijos durante la época de campaña realicen funciones superiores a las que tienen encomendadas el resto del año (26). Nos encontramos ante el problema de la acumulación

(24) En el mismo sentido la STS.27-6-73 (R.3277) y 29-3-76 (R.2188).

(25) TORRES MESA, M. "Aspectos.....", cit. pág. 1026. "También la importancia de una función, aunque sea poco el tiempo a ella dedicado, inclina a clasificar al trabajador en la misma, ya que en este escaso tiempo rinde para la empresa lo suficiente para que en justicia se le remunere según esa categoría".

(26) Excluimos las funciones inferiores porque será muy difícil que éste ocurra precisamente cuando se amplie la plantilla y se contratan trabajadores a quienes pueden encomendarse. Sin embargo, el supuesto no es imposible. Piénsese, por ejemplo, en un conductor de camión dedicado habitualmente al reparto del vino en una bodega, que durante los escasos días que dura la elaboración interrumpe el reparto y realiza labores de peonaje. Ni siquiera como excepcional tiene interés en este momento la hipótesis porque no plantea ningún problema de clasificación sino de realización de trabajos de inferior categoría.

intercaladamente sino durante periodos de duración nítidamente diferenciados. Nuestro más alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre caso propuesto en repetidas ocasiones. La doctrina es unánime en cuanto a que no cabe una duplicidad de categorías profesionales según que se realicen trabajos de temporada o de fuera de temporada, solución que quizás se presenta como la más simple. Así la Sentencia de 17-3-64 (R.1750) obrero fijo y categoría profesional fluctuantes son términos ciertamente incompatibles en la legislación".

En cuanto a si la categoría debe ser la superior correspondiente a las funciones propias de la campaña o la inferior que normalmente será ejecutada durante periodo más amplios, la jurisprudencia ha modificado su doctrina a lo largo del tiempo. Las Sentencias de la Sala IV de 17-3-64 (R.1750), 2-11-64 (R.5228) y 14-6-65 (R.3025) enfocan el supuesto como acumulación de trabajos de distintas categorías inclinándose abiertamente por la más elevada. Así la primera de ellas proclama que "la categoría profesional corresponde siempre a la función máxima que el obrero ejecuta, in mengua legal de aquélla por la simple conveniencia de la empresa de dedicarlo a otra función inferior." Insiste la segunda en las motivaciones del cambio "Sin que quepa tomar en consideración las labores inferiores a que los destina en otras épocas del año, por cuanto tal eventualidad no es de naturaleza personal o de aptitud del operario, sino de circunstancial interés de la propia empresa".

Esta línea jurisprudencial quiebra a partir de 1.966. Las Sentencias de la misma Sala de 3-2-66 (R.1745), 21-12-67 (R.5032) y 11-10-69 (R.5362) mantienen la tesis de que debe aplicarse la categoría inferior y únicamente reconocer diferencias económicas por el periodo en que se justifique la ejecución de trabajos de superior categoría.

Nuestro criterio es el mismo aludido con respecto a la acumulación de funciones con carácter permanente. Si el trabajo de campaña exige la colaboración de trabajadores con determinadas categorías, la infrautilización de sus cualificaciones durante el resto del año no debe hacer olvidar que la aportación de su superior aptitud es indispensable para la existencia misma de la empresa. Por tanto cuando la superior categoría tenga re -

relevancia suficiente para caracterizar la vinculación del trabajador con la empresa aquélla debe respetarse todo el año.

3.3. DISCORDANCIA ENTRE FUNCION Y CATEGORIA.

La clasificación profesional se lleva a cabo mediante el contraste de las funciones que va a realizar el trabajador con el contenido de las categorías aplicables y en principio consiste en asignar aquella que suponga la mayor correspondencia posible entre categoría y función. Esta correspondencia es susceptible de debilitamiento e incluso de ruptura a lo largo de la vida del contrato provocando diversos efectos que pueden llegar incluso a la modificación de la categoría, como se verá en su momento. Al nacer el contrato pudiera parecer que no tiene sentido hablar de falta de correspondencia entre categoría y función, pero lo cierto es que ésta puede darse por dos motivos: el acuerdo entre las partes del contrato o el error del empresario al realizar el proceso lógico inherente a la clasificación profesional. Ambos supuesto merecen ser examinados.

4.- LA CATEGORIA CONVENCIONAL.

Ante una categoría fijada por vía convencional importa ante todo diferenciar dos hipótesis según que la categoría pactada se corresponda, o al menos lo intente, con las funciones que han de ser desarrolladas o que deliberadamente las partes acuerden que la clasificación rompa el nexo con la función. En la primera se advierte claramente el deseo de evitar dudas o litigios futuros sobre el contenido de la prestación o sobre el acto clasificatorio. Las insuficiencias e imprecisiones de muchas categorías profesionales justifican y explican esta actitud, ya que la labor de clasificación empresarial queda desembarazada de las serias perplejidades que con frecuencia se le presentan. Lógicamente el empleador se vincula por el compromiso de asignar la categoría pactada.

También puede ocurrir que la categoría pactada sea distinta de la que correspondería en virtud de una estricta aplicación de la normativa. Si la categoría es inferior, es decir si el pacto perjudica al trabajador entendemos que nos encontramos ante un supuesto fraudulento de perjuicio al trabajador clasificado o a terceros. Puede ser impuesta al tra

bajador mediante una coacción psicológica para disminuir sus derechos o también puede perseguir defraudar a los compañeros si con el fin de burlar las normas sobre categorías de entrada y preferencias de ascenso aquel fué admitido para ejecutar trabajos de una categoría superior a la que se hace constar, compensándole ocultamente de manera satisfactoria para él. Sin embargo el supuesto más frecuente de conveniencia entre empresario y trabajador para ostentar categoría inferior persigue la defraudación de la Seguridad Social ya que la categoría profesional implica el encuadramiento en el grupo de tarifa de cotización y aún al margen de la tarifa a cada categoría corresponden unas retribuciones fijadas por normas estatales o por convenios colectivos que no pueden ser ocultas en contraste con la facilidad de ocultación de las percepciones que exceden los mínimos establecidos. Los criterios de prohibición de renuncia de derechos del art.36 de la Ley de Contrato de Trabajo y de nulidad de la renuncia a derechos reconocidos por la ley cuando perjudiquen a terceros del Código Civil, art.62. implican la inadmisión de pleno de los acuerdos sobre asignación de categoría inferior a aquella a que tiene derecho el trabajador.

La pactación de una categoría superior a las funciones contratadas y de hecho desempeñadas no plantea especiales problemas en cuanto a su licitud ya que a las normas sobre clasificación profesional le es de aplicación el principio de norma mínima que informa el derecho del trabajo. Aún cuando la categoría profesional convencional existe siempre que surge un acuerdo entre partes, usualmente se reserva esta denominación al supuesto que ahora analizamos (27). Únicamente cabría impugnar esta superior categoría si obstaculizase la carrera profesional otro trabajador, supuesto que, dado que no desempeñan las funciones superiores, sólo podría darse en un sistema de ascensos para cubrir va

(27) La doctrina y la jurisprudencia italiana, que han subrayado frecuentemente el concepto, entienden por tal la atribuida al trabajador con - tractualmente, pero suele restringirla en su tratamiento el acuerdo sobre una categoría superior. Puede verse GIUGNI "Mansioni e qualifica.." cit.pág.166 y NAPOLETANO "Categorie....."pág.5 y las sentencias que recoge.

cantes no amortizables en una plantilla muy rígida.

Los mayores problemas prácticos que presentan la categoría convencional se refieren a su prueba cuando no aparece especificada en un contrato escrito o en la documentación oficial de la empresa. El pacto oral sobre una categoría más ventajosa para el trabajador es difícil de probar en caso de ser negado por el empresario. Sería necesario acreditar una actitud empresarial de la que pueda deducirse la existencia de aquél tal como el pago de la retribución o cualquiera de las condiciones laborales correspondientes a la categoría superior.

B.- LA CATEGORIA ERRONEA.

La categoría asignada al trabajador puede ser errónea porque el empleador valora incorrectamente las funciones contratadas o interpreta equivocadamente la legislación aplicable. Si la categoría equivocada es inferior a la correcta, el trabajador en cualquier momento puede instar su adecuada clasificación profesional incluso aunque inicialmente haya prestado su conformidad. El problema no presenta una solución tan evidente cuando la categoría asignada resulte más favorable para el trabajador. El empresario que advierte el error con posterioridad ¿puede corregirlo unilateralmente o por el contrario debe entenderse que con su torpeza ha generado un derecho adquirido por parte del trabajador?. El principio de respeto a las condiciones más beneficiosas alcanzadas por los trabajadores es de constante aplicación en el derecho del trabajo y no se aprecian razones de peso para sustraer la aplicación de este principio a la categoría, que constituye precisamente el núcleo básico en torno al cual se configuran las condiciones laborales. Además en vía procesal sería muy difícil la mayoría de las veces distinguir si el empresario al asignar la categoría sufrió error o se avino a otorgar una categoría convencional más elevada.

No conocemos ningún caso en que este problema haya sido planteado ante los tribunales (28). Sin embargo el Tribunal Supremo ha teni-

(28) La S.T.S.CA, 6-10-64 (R.4614) que sostiene "sin que el respeto a las condiciones más beneficiosas pueda llevarse al extremo de mantener en error la calificación indefinidamente" no se refiere a un supuesto de clasificación profesional sino de modificación de la calificación de fijos por la de temporada.

do ocasión de pronunciarse al respecto indirectamente cuando se han formulado reclamaciones de ascensos fundadas en la igualdad de tareas ejecutadas por trabajadores desigualmente clasificados. La doctrina sentada es la de que la categoría errónea debe ser mantenida en virtud del principio de derechos adquiridos, si bien no puede esgrimirse por otros trabajadores para pretender ser también encuadrados en la categoría errónea de rango superior. (29).

(29) S.T.S.CA, 3-4-65 (R.3923)"Aún cuando por un simple error la empresa clasifique en los primeros momentos a los obreros.... y tuviesen que respetar posteriormente sus derechos adquiridos en las condiciones más beneficiosas". En la S.T.S.16-2-66 (R.3753) encontramos una formulación ~~o~~ idéntica

4. COMOCIMIENTOS PROFESIONALES Y CATEGORIA .

Examinada la trascendencia de la función desempeñada y de los pactos de los sujetos de la relación laboral sobre la clasificación profesional, corresponde ahora analizar los efectos de las cualificaciones subjetivas en la asignación de categorías.

La ausencia de conocimientos y experiencia constituye un obstáculo obvio para la ejecución del trabajo (30). Por tanto el trabajador nunca podrá alegar tener derecho a ser clasificado en una categoría si ignora las funciones que constituyen su contenido. Si a pesar de su ineptitud, por vía contractual, ha conseguido una categoría para la que carece de preparación, nos encontramos ante un supuesto de categoría convencional que sólo puede consolidarse, tras el período de prueba, por un acto empresarial irresponsable o al menos injustificadamente generoso (31)

El tema de la categoría subjetiva reviste mayor importancia enfocado desde la vertiente opuesta, o sea, desde la consideración de si la posesión de un cierto nivel de conocimientos es requisito suficiente para exigir la categoría real correspondiente a los mismos. La doctrina que podríamos denominar tradicional coincide en una respuesta rotundamente negativa. El trabajador no es clasificado por los trabajos que sabe hacer, sino por los que han sido objeto de contratación y por los -- que efectivamente realiza (32). Concebido el contrato de trabajo como una aportación de prestaciones recíprocas se comprende que el empleador normalmente no se beneficia de las cualificaciones subjetivas superiores a las que requiere la ejecución de los trabajos habituales y por tanto le resultan indiferentes o al menos no suficientemente compensatorias ya que su reconocimiento llevaría aparejada un incremento de -- costes. Examinadas las categorías con criterios organizativos, es evi-

(30) "No se puede hacer lo que no se sabe" resalta ALONSO OLEA en "Derecho del Trabajo" 4ª ed. Madrid, 1.976, pág. 174.

(31) El R.D-L. sobre Relaciones de Trabajo de 4-3-77, art. 39, ha introducido como causa de despido "la ineptitud del trabajador originaria o sobrevenida", circunstancia que lógicamente debe conectarse con la categoría profesional asignada.

(32) GIUGNI destaca cómo en todos los países la clasificación profesional se realiza en función del trabajo efectivo y no de las cualidades o títulos profesionales del trabajador. "Le categorie dei prestatori di lavoro. Panorama comparativo" en Riv. Trim. di Dir. e Proc. civ.", 1.966 nº 3, pág. 847.

En España la práctica administrativa acoge el mismo criterio. RDGOT 15-1-65 (citada en Jurisprudencia Laboral, nº 197) "La finalidad del procedimiento de clasificación es el acoplamiento de las funciones que "de facto" realiza el trabajador a una de las clasificaciones profesionales existentes en la industria, con independencia de la que el interesado pueda o esté capacitado para realizar"

dente que el empresario elabora la plantilla teniendo en cuenta únicamente aquellas que estima necesarias para el correcto funcionamiento de la empresa y que de acuerdo con estas previsiones contrata al personal. Si algún trabajador ingresa para ocupar un puesto inferior al que corresponde a su categoría profesional, lo hace en virtud de un acto libre cuyas consecuencias debe aceptar.

Corolario lógico de la irrelevancia del nivel de conocimientos en la asignación de categoría es el criterio coincidente en relación con los antecedentes profesionales y con los títulos del trabajador.

La conclusión a que acabamos de llegar en relación con la profesión fue anticipada en las primeras páginas de nuestra investigación al referirnos al concepto de clasificación profesional. La profesión implica la posesión de unos determinados conocimientos teóricos y experimentales y se justifica a través de documentos tales como la cartilla profesional o los datos de inscripción en las oficinas de colocación (7. A este respecto debe señalarse que así como para ostentar una categoría no es ~~requisito~~ necesario el haberla ostentado con anterioridad en otra empresa, aunque sólo sea por el condicionamiento lógico de que alguna ocupación tiene que ser la primera, tampoco las clasificaciones previas al contrato de trabajo vinculan a los contratantes. Cualquier documento que acredite la realización de determinadas funciones constituye un instrumento útil para formar la voluntad de las partes contratantes, pero no puede ser aportado para fundamentar el derecho a una clasificación profesional. En cuanto a los documentos oficiales de colocación que reflejan las ofertas y demandas de trabajo debe tenerse en cuenta que las oficinas de empleo cumplen la misión de poner en contacto a los que acuden al mercado de trabajo y que para facilitar el contacto utilizan las categorías como instrumento útil para individualizar las funciones objeto de oferta o de demanda, pero no contrastan la justeza de las categorías utilizadas por las partes y además carecen de competencia en materia de clasificación profesional. Por tanto el trabajador inscrito como poseedor de una determinada cualificación subjetiva puede contratar una categoría distinta porque así le interesa o porque se avenga a reconocer el criterio del empleador que estima que sus aptitudes reales no corresponden a las que constituyen el contenido de la categoría que dice poseer (33).

(33) Reglamento de Colocación de 9-7-59, art. 96. "No obstante lo establecido en los artículos anteriores, los trabajadores podrán convenir - con las empresas en sus relaciones laborales el desempeño de puestos de trabajo de categoría distinta -superior o inferior- a la consignada en la Cartilla Profesional".

Cuando con posterioridad a la celebración del contrato surjan litigios sobre la voluntad contractual de las partes las categorías ~~maximas~~ consignadas en los documentos de oferta y demanda de empleo pueden ser utilizados como un medio de prueba valioso, pero nunca decisivo.

En España han existido intentos legislativos de dotar a la clasificación extraempresarial, y más concretamente sindical, en base a los conocimientos profesionales del trabajador de una trascendencia a todas luces excesiva. La falta de realismo de esta legislación, inspirada en gran parte en el entusiasmo inicial de la construcción del estado nacionalsindicalista, se ha visto sancionada por la inoperancia (34). Una Circular de la Delegación Nacional de Sindicatos, la número 95, creó las Juntas Calificadoras en el seno de los Sindicatos con la misión de clasificar a los trabajadores en busca de empleo (35). El Reglamento de Colocación de 9 de julio de 1.959, art. 88, ratificó la existencia de dichas Juntas. El instrumento formal a través del cual se pretendía institucionalizar y generalizar la clasificación extraempresarial era la cartilla profesional. La reiteración de la necesidad de esta cartilla no ha conseguido afianzarla fuera de las páginas del Boletín Oficial del Estado. Se creó por Decreto de 3 de mayo de 1.940. Una Orden de 5 mayo de 1.941 establecía su obligatoriedad en Madrid. La Ley de Colocación de 10 de febrero de 1.943 insiste en ella, si bien remitiéndose en cuanto a su instrumentalización al Reglamento, el cual no se publica hasta 1.959 y que en el artículo 74 y siguientes se refiere pormenorizadamente a la misma. El artículo 76 sobre los datos que debe contener la cartilla fueron modificados por Decreto de 20 de abril de 1.967. Posteriormente la Orden de 16 de julio de 1.968 regula el formato de la cartilla y en su propio texto prevé un sistema escalonado de distribución de cartillas por actividades y zonas geográficas. La fatigosa relación de disposiciones, que podría todavía ser ampliada, es suficientemente expresiva de las dificultades con que tropezó la difusión de la cartilla y cada una de ellas en cierta manera viene a reconocer la inaplicabilidad de las anteriores.

(34) JUSTE PASCUAL, P. en "Hacia la calificación profesional", Rev. de Tr. nov. 1.942, nº 37, pág. 1245, hace una encendida apología de la función sindical en relación con la calificación y clasificación de los trabajadores.

(35) Citada por JUSTE PASCUAL en el artículo de la nota anterior, pág. 1245. "Integradas por personas seleccionadas en el campo de la producción y de un aquilatado prestigio en el profesional, que han de ser como notarios de la definición laboral que se intenta, dando fe de que efectivamente, el trabajador que acude a ellas en demanda de su espaldarazo profesional, reúne las condiciones de aptitud y capacidad técnicas que para desempeñar su oficio o profesión necesita"

Los conocimientos profesionales pueden estar avalados por títulos. En su momento, al tratar del criterio del título en el contenido de la clasificación profesional { } se puso de manifiesto cómo la posesión resulta insuficiente para pretender con éxito ser clasificado en las categorías de titulados. ⁽³⁶⁾ Este criterio es plenamente congruente con la valoración que se ha expuesto de ~~xxxxxxx~~ la categoría subjetiva.

La doctrina de la separación entre categoría subjetiva y objetiva ha sido mantenida pacíficamente por la generalidad de la doctrina iuslaboralista. Sin embargo en los últimos años los movimientos sindicales han tratado de revalorizar las cualificaciones subjetivas de los trabajadores. Incluso se defiende el derecho del trabajador a desarrollar una - carrera profesional que se asiente en los conocimientos poseídos en el momento de la contratación y también en sus cualidades personales y de aprendizaje (37).

(36) Véase la pág.

(37) PESSI "Mansioni, qualifiche e livelli professionali", en "Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali" (Actas de las Jornadas de Estudio de Pisa, Mayo 1973 - Asociación Italiana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social), Milán, 1975.

MODIFICACION DE LA CATEGORIA PROFESIONAL.-

La categoría profesional nace simultáneamente con el contrato/ de trabajo, ya que éste no puede existir si no se encuentra delimitada la/ prestación del trabajo y esta delimitación se realiza en nuestro derecho a través de la categoría profesional que necesariamente debe ser asignada al trabajador. Durante toda su vida profesional el trabajador ostenta una categoría que le sirve de garantía de concreción de sus derechos y obligaciones. Puede en este sentido hablarse de un derecho del trabajador a la categoría profesional (1). Ahora bien para que la clasificación otorgada cumpla esta misión requiere gozar de estabilidad, pues mal puede servir de referencia a situaciones cambiantes un dato que está asimismo sometido a oscilaciones. Lo cual no quiere decir que la categoría sea inamovible. En la práctica observamos más bien el fenómeno contrario. Con justeza se ha señalado que "normalmente el trabajador difícilmente se jubila con la misma categoría profesional con que ingresa en la empresa, por lo menos en los países altamente industrializados" (2). La modificación de la categoría en muchos casos está recogida en la norma y puede predecirse en el momento mismo de ingresar el trabajador en la empresa. Ello aparece muy claro en aquellos supuestos en que el mero hecho de alcanzar una edad o de transcurrir/ un período de servicios determina la modificación de la categoría. Otras veces no puede predecirse con exactitud desde el comienzo del contrato - - cuándo se producirá, pero las partes prevén que llegue a producirse. Quien ingresa como oficial de tercera, por ejemplo, sin duda espera alcanzar los grados superiores. A este respecto la plantilla y el escalafón cumplen la/ importante función de ofrecer información sobre las expectativas de cambios en la empresa.

(1) RODRIGUEZ PINERO, M. "Problemas de rendimiento y clasificación profesional, peros encubiertos y crisis tecnológicas" "(Movimientos migratorios interiores y exteriores. Su relación con los desarrollos tecnológicos y - con los programas de formación profesional en España y en USA)" Madrid, - 1.964, pág.22 "Se reconoce al trabajador un derecho a "su" clasificación - como a su derecho al empleo".

(2) CABRERA BAZAN, J. "La novación ilícita del contrato de trabajo" Sevilla, 1.963, pág. 128. Análoga observación en GIUGNI "Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali", Milán 1.975, pág.157.

Con ser frecuente la modificación de la categoría profesional/lo es mucho más la simple mutación de alguno de los efectos o circunstancias derivados de aquella. Las categorías profesionales sólo pueden alterarse por voluntad concorde de las partes o por aplicación de normas precisas que con carácter excepcional permiten cambios basados en motivos taxativamente señalados, pero sí está permitido al empresario el ejercicio de facultades que, respetando la categoría misma, la desvinculen de alguno de sus efectos cuando se justifiquen razones de peso de carácter organizativo. Estas facultades corresponden al denominado poder de variación o ius -variandi. Por razones de método el presente capítulo se limita al estudio/de las modificaciones de categoría que comportan un carácter definitivo, -mientras que las repercusiones del ius variandi sobre la movilidad de los/trabajadores son examinadas al tratar de los efectos de la clasificación -sobre el trabajo exigible y sobre la remuneración.

1. LOS ASCENSOS. CONCEPTO.

El ascenso consiste en la reclasificación del trabajador en una categoría superior a la que tenía atribuida. Puede producirse dentro de una misma ocupación o mediante un cambio ocupacional. Por ejemplo el Oficial administrativo que asciende a jefe administrativo o un peón que asciende a conductor de camión. El primer supuesto se enmarca en el proceso lógico/inehrente a la carrera profesional del trabajador en cuanto que está prevista como un escalón de esta. El segundo, donde el ascenso implica no solamente una alteración del puesto de trabajo sino de la ocupación misma, equivale más bien a la celebración de un nuevo contrato por más que la característica resistencia y tendencia a la supervivencia de este tipo de contratos hagan que las normas impidan considerar el ascenso como la ruptura de un contrato y el nacimiento de otro nuevo. Podríamos denominar ascenso propio aquel que supone una mejor calidad y perfección del trabajo sin que éste varíe sustancialmente, e impropio el que se basa en la prestación de un trabajo diferente. Se justifica la distinción en el hecho de que la realidad misma del acceso a un status superior es fácilmente constatable en el ascenso propio, mientras que muchas veces resulta complicado en el impropio determinar si la movilidad del trabajador ha sido ascendente o meramente horizontal. El problema ha sido detectado finamente por VALDES DAL-RE: "Las usuales clasificaciones contenidas en las disposiciones reglamentarias y en menor medida convencionales, el ámbito personal general a que se extiende el poder de variación unilateral del empresario, la casi total ausencia de límites que eviten alteraciones de naturaleza intergrupal o intersubgrupar y la falta de criterios para la asimilación de categorías entre grupos, subgrupos y oficios en caso de cambio de uno a otro ocasionan el que no siempre sea fácil calificar el acto concreto como una mutación vertical ascendente o descendente" (6)

La naturaleza novatoria de los ascensos es clara y así ha sido reconocida por la doctrina (7).

(6) VALDES DAL-RE, F. "La ruptura del principio..." cit. pág. 17

(7) RIVERO LAMAS, Juan "La novación del ..." p. 117. CABRERA BAZAN, J. ("La novación ilícita ..." p. 129 y 130, el ascenso dentro del mismo grupo profesional constituye una novación del contrato, mientras que los ascensos de grupo a grupo comportan una extinción del contrato o una novación extintiva."

Sin embargo, nuestro derecho positivo tiene preceptos que no encajan dentro del marco de esta tesis. Recordemos, por ejemplo, la existencia de categorías idénticas cuya diferenciación radica en una presunción *iuris et de iure* de que la concurrencia de que circunstancias subjetivas (edad o antigüedad) u objetivas (número de trabajadores, dimensión de la empresa) determina una mejor calidad en la ejecución de la función. (8) — Por otra parte los ascensos en general, según pacífica doctrina, pueden ser rechazados por el trabajador, pero no por el empresario, quien puede ser obligado a su aceptación por una decisión heterónoma (9) . Ante estos/hechos no puede afirmarse que los ascensos se produzcan siempre por una aceptación recíproca de las partes, sin matizar esta expresión. Creemos — que la solución razonable de esta cuestión debe retrotraer la consideración de la voluntad contratante al momento de iniciarse la vida del contrato. Entonces el empleador y el trabajador conciertan la prestación de servicios teniendo en cuenta no solamente los que deban prestarse inmediatamente y la categoría correspondiente a los mismos, sino también aquellos — que vienen unidos inexorablemente al transcurso del tiempo, bien sea por imperativo legal o por el normal desenvolvimiento de la vida del contrato/cuyo dinamismo no puede ser desconocido, y menos rechazado, por las partes contratantes. La índole del trabajo, las condiciones personales del trabajador y las características de la empresa indican bastante significativamente desde el nacimiento del contrato cuál va a ser el desarrollo de su vida normal. Se impone, pues, la diferenciación ya aludida entre cambios dentro y fuera de la misma ocupación. El oficial de tercera administrativo o cerrajero que asciende a oficial de segunda cambia de categoría. Sin embargo, es lícito entender que este cambio estaba previsto en el acuerdo inicial de voluntades como un escalón superior en el desenvolvimiento natural del contrato. Si tenemos en cuenta además la imprecisión con que casi/siempre se definen las categorías que se diferencian solamente por el grado de perfección en la ejecución del trabajo encontraremos un nuevo argumento a favor de nuestra postura. Consiguientemente entendemos que esta — clase de ascensos son obligatorios para ambas partes contratantes. Contrariamente aquellos que suponen el desempeño de funciones distintas o las mismas con algún condicionamiento que las modifica esencialmente, como podría ser el ejercicio de la facultad de mando para quien no la ostentara con anterioridad, requieren la conformidad de las partes interesadas en el momento de producirse el ascenso, ya que no pudo preverse con anterioridad.

(8) Véase la Ordenanza de COMERCIO, art. 25, El ayudante de comercio asciende a la categoría de dependiente por el mero hecho de cumplir veintidós años. Consecuencias prácticas de estos ascensos automáticos son la de dejar abierta la vía a reclamaciones salariales o la de que la Inspección de Trabajo pueda formular Actas por diferencias en el pago de cuotas desde la fecha en que debe producirse el ascenso.

(9) Excepto en el sistema de libre designación, el empresario no puede rechazar un ascenso cuando concurren los requisitos previstos por la norma.

La tesis que sustentamos no se opone al carácter novatorio de/ los ascensos por cuanto en todo caso concurre la voluntad concorde de las/ partes del contrato en orden a la aceptación de las modificaciones. Lo que ocurre es que esta voluntad puede manifestarse para cada acto de ascenso/ de una manera concreta o genéricamente para los ascensos implícitos en - la carrera profesional del trabajador. Insistiendo en esta dirección con- viene precisar que cuando el ascenso es impuesto por la Autoridad laboral/ como reconocimiento de las funciones de facto de superior categoría reali- zadas por el trabajador, no está ausente la voluntad del empresario, quien voluntariamente encomendó al trabajador las funciones cuya realización lle- va aparejado el ascenso a la superior categoría. El empresario no se niega a la modificación del objeto de la prestación del trabajador sino a la mo- dificación de sus prestaciones correlativas. Es obvio por ello que el tra- bajador sólo puede hacer valer las funciones de superior categoría que le/ han sido encomendadas y no las que pudiera realizar espontáneamente.

1.1. EL ASCENSO COMO DERECHO Y COMO OBLIGACION

1.1.1. EL DERECHO AL ASCENSO

El derecho al ascenso presenta tres dimensiones que correspon- den a tres grados de actualización del mismo. Son las siguientes:

- El trabajador que cumple todos los requisitos para ser clasi- ficado en una categoría superior ostenta un evidente derecho al ascenso cu- yo reconocimiento puede hacerse valer ante los organismos competentes. Es/ el caso de quien realiza funciones de categoría superior y que además por/ sus condiciones personales y en aplicación de las normas sobre ascensos le corresponde alcanzar dicha categoría.

- En otras ocasiones aparece que un puesto vacante en la plan- tilla. ha de ser ocupado, sin que pueda precisarse a quien entre varios co- rresponde el ascenso en tanto no se celebren las pruebas pertinentes o el/ empresario haga uso de su facultad de elección. Todos los trabajadores ador- nados de los requisitos para el ascenso ostentan un derecho que debe ser - protegido.

- Por último cabe plantearse si el trabajador que ingresa en - una empresa agota su derecho a la clasificación profesional con la inicial- mente otorgada o mantiene un derecho expectante a ulteriores reclasifica- ciones cuya posibilidad no puede serle cercenada.

Las dos primeras acepciones del derecho al ascenso son trata- das ampliamente en otros lugares. En este momento de nuestra investigación es la tercera la que requiere a una consideración más amplia.

El trabajador posee un incuestionable derecho a obtener una - formación profesional superior y a que se le faciliten los medios para - - ello. Las recientes disposiciones de la Ley de Relaciones Laborales sobre/

promoción y formación profesional permanente se inscriben en esta línea — (10). Pero si el trabajador no posee una mínima garantía de que los conocimientos que vaya adquiriendo o incluso los que ya ha adquirido, pero no — ejercita, porque se ha visto obligado a contratar sus servicios por debajo de su calificación profesional, no van a ser reconocidos en el futuro mediante los ascensos que correspondan, su interés por el trabajo se torna — en desidia y frustración. En nuestro derecho no se encuentra una formulación genérica y expresa del derecho del trabajador al desarrollo de su carrera profesional mediante unos ascensos garantizados, sin embargo podemos rastrear datos suficientes para afirmar que el legislador ha intuido la — cuestión y podemos citar diversos preceptos que configuran una elemental — protección de la carrera profesional, de tal suerte que se reconoce al trabajador un derecho expectante al ascenso. Son los siguientes:

a) El deber de ocupación efectiva establecido en el art. 75 de la LCT puede ligarse al de tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana, a que se refiere el número 6º del mismo artículo, pues el dejar a un trabajador inactivo entraña en muchos casos un atentado a su propia dignidad humana por lo que supone de menosprecio y de humillación ante los compañeros y quizás ante el público (11). Sin embargo, en la Ley el deber de ocupación efectiva se configura de manera muy clara como — protector de la formación profesional, no sólo de la ya poseída sino de la que se puede ir acrecentando a través del tiempo mediante un ejercicio continuo. Es este el sentido incuestionable que debe darse al término "perfeccionamiento". Y lógicamente si se protege el perfeccionamiento del trabajador, se está protegiendo su derecho a ocupar puestos de superior categoría.

b) Elaboración de plantillas. La regulación de esta materia — abiertamente salvaguarda el derecho a posibles futuros ascensos. Cuando — las plantillas eran rígidas y no podían modificarse sino mediante un procedimiento administrativo, se trataba de proteger directamente el puesto de trabajo contra el despido e indirectamente contra el estancamiento de los trabajadores en las categorías inferiores, pues las vacantes producidas en las más elevadas debían ser cubiertas inmediatamente. Las más recientes — tendencias de liberalización de las plantillas han abandonado la protección directa del empleo y, sin embargo no han olvidado la dimensión protectora del derecho expectante al ascenso, ya que junto a la proclamación de la libertad de amortización de vacantes, generalizada en la casi totalidad de — Ordenanzas publicadas en los últimos años, se recalca el respeto a la promoción del personal.

(D) El artículo 9º establece la obligatoria concesión de permisos retribuidos para la asistencia a cursos de formación general y profesional.

c) El establecimiento de categorías de entrada constituye una fórmula para salvaguardar el derecho al ascenso de quienes ya prestan servicios en la empresa. Por ello lógicamente cuando no existen trabajadores con este derecho desaparece la limitación.

d) Las reglas sobre ascensos en general tienden a proteger la carrera profesional del trabajador de una manera muy abierta. Los ascensos automáticos por antigüedad constituyen la manifestación más elemental de la tendencia a proteger la promoción del trabajador, si bien se trata de una protección que da preferencia a la concesión de una ventaja al trabajador sobre el estímulo a una auténtica superación profesional. El sistema de concurso oposición de realización obligatoria estimula más el desarrollo de la formación del trabajador e incluso la libre decisión empresarial se conecta con la protección de la expectativa de ascenso de los trabajadores cuando se restringe al personal que ostenta determinadas categorías.

e) La inadmisión de la promoción automática por el mero desempeño de funciones de superior categoría, incluso transcurridos los períodos máximos fijados en algunas Reglamentaciones, es otra manifestación normativa de protección de los derechos expectantes al ascenso, ya que la contraposición de intereses del trabajador que realiza las funciones y de otros trabajadores con igual o mejor derecho a cubrir la vacante prevalecen los de estos últimos. En el mismo marco de respeto a la promoción objetiva de los trabajadores debe situarse la regla contenida en el art. 1º de la Orden de 29 de diciembre de 1.945 sobre reclamaciones de clasificación profesional cuando subordina la adquisición de la superior categoría al requisito de que el ascenso, según la Reglamentación aplicable, corresponda precisamente a quien realiza los trabajos de dicha categoría. No se trata de poner obstáculos a la promoción del trabajador, sino de encauzarla de manera que se propicie la carrera profesional de todos los trabajadores, evitando el perjuicio que pudiera sufrir un tercero con más derecho al ascenso que el propio reclamante.

(11) El carácter vejatorio de la negación de ocupación efectiva ha sido admitido frecuentemente por las Magistraturas de Trabajo al enjuiciar "admisiónes irregulares" alegadas en incidentes de no readmisión. ALONSO OLEA — cita supuestos de estas características en "Ejecución de sentencias de despido: el incidente de no readmisión", en Comunicación al 3er. Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Vol. II, Madrid, 1.970, pág. 1153. La doctrina no ha desarrollado suficientemente la virtualidad dignificadora de este precepto y ha llegado a defender, para nosotros inconmensurablemente, que "no es la remuneración del trabajador premio de la holganza, es justa paga de la ocupación donde se invierten las energías, pero si quien ha de abonarlo prefiere hacerlo sin contraprestación no habrá inconveniente en ello" BEILLON GOMEZ, I. "Regimen Laboral español", Madrid 1.945, pág. 217.

f) La prohibición, repetida en las Ordenanzas, de encomendar - trabajos de categoría inferior cuando se perjudique la formación profesional del trabajador trata de evitar que el ejercicio del ius variandi empresarial constituya un obstáculo en la marcha del trabajador hacia puestos - mejor valorados.

Como conclusión de los datos legales examinados podemos afirmar que no existe en nuestro derecho laboral base alguna para configurar - un derecho a la promoción basado en la simple posesión de la cualificación propia de la categoría superior, supeditándose el ascenso a la efectiva - realización de las funciones que comporta la misma, pero que sí encontramos manifestaciones suficientes del criterio del legislador favorable a la protección de la carrera profesional del trabajador. En la doctrina española ALONSO OJEA apunta la misma conclusión y cita al respecto el art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo. (12). Interesa recalcar este aspecto porque determinadas normas de imprecisa formulación cuando sean interpretadas, entendemos que deben serlo a la luz del principio de respeto al derecho expectante de los trabajadores al ascenso.

1.1.2. EL ASCENSO COMO OBLIGACION

El trabajador a quien corresponde un ascenso ¿puede ser obligado a aceptarlo o por el contrario su consentimiento constituye requisito - ineludible?. La cuestión no se reduce a una teórica disquisición sino que ofrece aplicaciones prácticas. Cabe que el trabajador se oponga al ascenso, bien sea porque la categoría configurada como más elevada en la jerarquía - normativa sea de dudosa valoración, bien sea porque algún trabajador, aún/ conceptuando la categoría como realmente superior, rehúya ostentarla por - los condicionamientos que conlleva.

En cuanto a la valoración de las categorías en sí mismas consideradas el criterio económico que aparece como el más objetivo resulta - sin duda ilustrativo, pero no siempre es medible y en muchos casos es insuficiente. Las dificultades de medición nacen de la complejidad de factores que intervienen en la retribución percibida por el trabajador, así la existencia o inexistencia de primas o de horas extraordinarias pueden conducir a resultados contradictorios en la correlación categoría-retribución. La - insuficiencia del criterio retributivo radica en que las categorías mejor/ retribuidas no siempre son las más apreciadas socialmente y la preferencia por la retribución o por la consideración social dependen de apreciaciones subjetivas.

(12) "Derecho del Trabajo" cit. pag. 176

Enfocada la estimación del ascenso desde los intereses del — trabajador en concreto, puede ocurrir que no lo desee porque el trabajo — de la categoría superior se realice en condiciones de ambiente, de tiempo o de lugar más duras; porque suponga enfrentamiento con los compañeros, — señaladamente cuando implica el ejercicio de funciones de mando; porque — no se sienta capaz de cargar con mayores responsabilidades o por cualquier otra razón que alargaría innecesariamente esta enumeración (13). CABRERA/BAZAN ha estudiado especialmente el perjuicio que entrañan los ascensos — cuando la antigüedad se computa en la categoría, ya que, mediante los ascensos, se evita la acumulación de períodos que originan el derecho al incremento de percepciones por antigüedad (14). Por último cabe realzar que la Ley de Relaciones Laborales, art. 13, quizás ha introducido una muy sólida motivación para rechazar los ascensos cuando se prevé una reducción/ de plantilla ya que determina que, juntamente con otros criterios de preferencia, los trabajadores " de mayor antigüedad en la misma categoría — profesional ... serán los últimos en el orden de los despidos". Y decimos que sólo quizás, porque tal vez nos encontramos ante una reducción desafortunada del texto legal si tenemos en cuenta que las normas anteriores vigentes establecían claramente que los despidos se llevarían a efecto dentro de cada categoría, pero considerando la antigüedad no en esta sino en la empresa, criterio mucho más razonable y que aunque obligue a forzar algo el sentido literal de la ley, debe ser defendido en una interpretación que tenga en cuenta la razón protectora de la misma y los antecedentes legales (15).

(13) Ha insistido en este aspecto de manera especial la doctrina italiana. Así PERSIANI "Prime osservazioni sulla ..." pág. 15; CONSTANZO "Statuto — dei lavoratori", Milán 1.974, pág. 78.

(14) "La novación ilícita ..." p. 138. La dura crítica que hace el autor al sistema de cómputo de la antigüedad en la categoría y no en la empresa ha — perdido actualidad. Las reglamentaciones que hemos seleccionado como más representativas todas adoptan el sistema de la antigüedad en la empresa.

(15) Consúltese el Decreto de 20-7-74, que modifica el art. 15 del D. 2-11-72 sobre política de empleo, así como este mismo artículo derogado y su antecedente la Orden de 14-11-61, art. 25.

La aclaración de la paradoja que supone el interés del trabajador en evitar un ascenso ha sido explicitada frecuentemente por la doctrina. Pero ha pasado desapercibida la paradoja del también posible interés del empresario por la promoción obligatoria del trabajador. Dejando de lado el interés bastardo de conseguir los fines que se han señalado como lógicos inconvenientes para el trabajador (situarle en una categoría jerárquicamente superior pero realmente inferior) caben motivaciones legítimas/basadas en principios de organización y economía. He aquí algunos supuestos por vía de ejemplo:

- Conveniencia de cubrir algunos puestos de responsabilidad, - fácilmente comprensibles cuando implican manejo de fondos, con personas conocidas. La negativa al ascenso por parte de los trabajadores capacitados/forzará la contratación de personal de nuevo ingreso de moralidad no suficientemente constatada.

- Necesidad de amortizar vacantes en las categorías inferiores aprovechando las bajas que se produzcan en las superiores. Si se produce la vacante en una categoría superior que precisa ser cubierta y los de las inferiores en las que se aprecia exceso de plantilla declinan el ascenso, - el empleador se verá obligado a admitir un nuevo trabajador.

- Aprovechamiento de la enseñanza impartida o de la experiencia adquirida por el personal de la empresa. Si el empresario prepara a un trabajador para un puesto superior que requiere especiales conocimientos y - cuando llega el momento del ascenso éste se niega, se comprende el perjuicio irrogado. Para que se produzca este perjuicio ni siquiera es necesario que se haya desarrollado un aprendizaje específico, Basta que el puesto de la inferior categoría constituya un estadio valioso en la adquisición de la experiencia precisa para desempeñar el de la superior por el contacto intenso entre quienes ocupan ambos.

Nuestro derecho positivo no resuelve expresamente el problema/ de la obligatoriedad de los ascensos. Por lo que, teniendo en cuenta los - posibles intereses en juego, se hace preciso la interpretación de las normas o principios jurídicos aplicables. La solución debe considerar el principio de condición más beneficiosa que impide imponer al trabajador condiciones de trabajo inferiores a las que venía disfrutando y el reconocimiento del poder de dirección que permita al empresario mantener en correcto funcionamiento la empresa. Junto a estos principios no debe olvidarse la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo a través de un procedimiento administrativo que se resuelve en una autorización administrativa y una indemnización que señala el órgano judicial.

La doctrina uniformemente proclama la libre voluntad de las -

con el concepto de novación entre cuyos requisitos esenciales figura el acuerdo voluntario de los interesados (16). El hecho de que las normas aplicables no aludan al requisito de la libre aceptación del trabajador se debe probablemente a que lo consideran superfluo, ya que los ascensos se configuran como un bien para el trabajador a quien se presupone normalmente interesado en acceder a la categoría superior. Cuando excepcionalmente falle este presupuesto, no hay por qué otorgar a la norma unos efectos no buscados (17).

1.2. SISTEMAS DE ASCENSO

Los diversos sistemas utilizables para regular los ascensos, si prescindimos de las notas que no marcan diferencias importantes, pueden reducirse a los siguientes: a) Libre designación por parte del empresario; b) Evaluación de los méritos y de la capacidad; c) Antigüedad; d) Edad.

Vamos a estudiarlos separadamente con especial referencia a las Reglamentaciones de trabajo.

1.2.1. LIBRE DESIGNACION.

El empresario goza de discrecionalidad para decidir el ascenso según su criterio personal, sin sometimiento a reglas objetivas. Lógicamente sus decisiones no son susceptibles de impugnación en ninguna instancia empresarial o extraempresarial. La discrecionalidad es plena si el empresario puede ascender a cualquier trabajador sin limitación alguna. También puede ocurrir que la decisión se vea constreñida por limitaciones que reducen, sin eliminar, el margen de discrecionalidad, en cuanto que el empresario puede designar al trabajador sólo entre los que cumplen determinados requisitos (18). Si las facultades empresariales son tan amplias que puede conceder la categoría incluso a personas ajenas a la plantilla de la empresa desbordan la problemática del ascenso e inciden en el de ingreso y contratación de trabajadores. La noción de ascenso sólo abarca el supuesto de que un trabajador de la empresa pase de una a otra categoría. Si reducimos a un esquema las opciones que en relación con la libre designación vienen atribuidas al empresario — por las Reglamentaciones, aparece el cuadro siguiente:

a) Puede ascender cualquier trabajador de la empresa. Se excluye toda limitación a la libre decisión empresarial. Es el sistema usual para cubrir los puestos considerados de especial confianza. (19)

b) Pueden ascender los trabajadores que ostenten determinadas categorías específicamente designadas (20).

(16) CABRERA BAZAN, J. "La novación ilícita..." cit. pág.131. RIVERO LAMAS, J. "La novación..." cit. pág. 117.

(17) CONSTANZO "Statuto dei lavoratori", cit. pág. 78

(18) CABRERA BAZAN, J. "La novación ilícita..." cit. pág.134, estima que "la discrecionalidad otorgada a las empresas por las Reglamentaciones, en ningún caso puede ser confundida con la arbitrariedad" y alude a los límites impuestos por las citadas normas. Lo cierto es que dichos límites son excepcionales y mínimos.

(19) Pueden examinarse como muestra las Ordenanzas de ARTES GRAFICAS, art.28; SIDEROMETALURGICA, art.24; TEXTIL, art. 56.

(20) Así en ACEITE, art.19, el Conserje puede ser designado entre porteros y ordenanzas; en HOSTELERIA, art.22, el Jefe de primera administrativo, entre jefes de segunda y oficiales de primera.

tegoría inmediata inferior. (21).

d) Indirectamente se encuentra limitada la decisión empresarial por/ las normas que establecen como requisito necesario para ostentar una categoría - la posesión de determinados requisitos de edad o titulación.

La libre designación opera subsidiariamente cuando una vacante no pue de cubrirse mediante los sistemas de concurso, oposición y antigüedad previa prue ba de capacitación. Aún cuando no lo reconozca expresamente la norma aplicable,/ debe entenderse así, pues de otra manera el empleador se encontraría imposibili- tado de cubrir las vacantes producidas en la plantilla.

Por último cabe añadir que este sistema es más bien excepcional y que se percibe una clara tendencia a reducir su ámbito (22). En aquellos supuestos - en que se utilizan fórmulas abiertas, como en la Ordenanza SIDEROMETALURGICA, - art. 24. "Los puestos que impliquen ejercicio de autoridad o mando sobre otras - personas se cubrirán por libre designación", se exige rigurosamente la concreción de los puestos a través del Reglamento de Régimen Interior (23). Sin embargo cuan do se trata de reclasificar a un trabajador a través de un expediente de clasifi cación profesional, la práctica administrativa acoge el automatismo en el ascen- so inherente al turno de libre designación cuando el puesto de la categoría supe rior implica de forma evidente el ejercicio de mando, aún cuando no se encuentre recogido en el Reglamento Interior, entendiendo que la pasividad del empleador - en esta materia no puede acarrear perjuicio al trabajador. (24)

(21) QUIMICAS, art. 23. Ascensos a jefe de segunda y oficial de primera adminis- trativos en el turno correspondiente a la libre designación.

(22) Una manifestación de esta tendencia encontramos en la modificación operada/ por la Ordenanza Siderometalúrgica. Mientras que la aprobada en 1.946, art. 59,/ establecía con carácter general tres turnos de ascenso, la de 1.970, art. 24, - elimina el de libre designación en favor del concurso-oposición.

(23) Pueden consultarse las Resoluciones de la D.G.T. de 2-11-71, 11-11-71, - - 24-1-72, 28-2-72 y 9-4-73 (citadas todas ellas por AYERRA en "Ind. Sidero." - - cit. pág. 93).

(24) Así por sendas Resoluciones de la D.G.T. y en base a la Ordenanza Siderome- talúrgica se otorga la categoría superior a un Encargado (28-1-72, 20-3-72 y - - 26-6-72), a un Jefe Administrativo (17-5-72 y 16-12-72), y a un Jefe de Organiza- ción (4-12-72). (Citadas por AYERRA, en "Ind. Sidero.", cit. pág. 94.).

1.2.2. EVALUACION DE LOS MERITOS Y DE LA CAPACIDAD

A. Noción.— Es un sistema basado en evaluaciones objetivas de/ los candidatos mediante las cuales se elimina o al menos se reduce sensiblemente la libre decisión empresarial. Los sistemas de evaluación persiguen dos finalidades distintas, que son la verificación de los conocimientos y aptitudes de los candidatos y el ofrecer una igualdad de oportunidades a los solicitantes cuando son más numerosos que los puestos a cubrir./ La tendencia, advertida en algunos movimientos reivindicativos de los trabajadores a eliminar las pruebas sustituyéndolas por sistemas de promoción automáticos ha pretendido anular el esfuerzo competitivo y debilitar en lo posible el insoslayable requisito de la debida capacitación previa a la ocupación del puesto sustituyéndolo por la más blanda exigencia de que el/ trabajador se encuentre en condiciones de poder estar capacitado en un - - tiempo razonable (25). Según que predomine la calificación de los méritos/ contraídos con anterioridad por los candidatos o la idoneidad demostrada - en unas pruebas a las que se les somete se utiliza la denominación de concurso o de oposición. Frecuentemente ambas modalidades se conjugan simultáneamente dando lugar al concurso-oposición.

a) El concurso: Los candidatos que aspiran a cubrir el puesto/ de categoría superior aportan los méritos que estiman tener contraídos para que sean valorados y contrastados con los de los restantes peticionarios./ El ascenso corresponde a quienes demuestran mejor derecho. Las Reglamentaciones utilizan parcamente el concurso de méritos puro, no combinado con/ la oposición. En las Reglamentaciones principales aparece solamente en CONSTRUCCION, art. 69, para el personal técnico, y en la de TRANSPORTES, Anexo, donde el sistema se utiliza ampliamente e incluso se diferencia de una manera muy clara del concurso-oposición.

b) La oposición: en el concurso se valoran méritos contraídos/ a lo largo de toda la vida del trabajador, no solamente su vida laboral, - mientras que en la oposición la realización de unas pruebas objetivas que/ tienen lugar en una o pocas sesiones pone de manifiesto quién es el trabajador más apto para ascender, al margen de sus antecedentes laborales y extralaborales. Si el concurso tiene escasa aplicación, el sistema de la oposición es todavía menos utilizado. Solamente la Ordenanza TEXTIL, art. 57, lo acoge e incluso en esta Ordenanza la redacción del correspondiente precepto no es tan terminante que excluya la apreciación de los méritos contraídos (26).

(25) RIVERO LAMAS, J. "Contrato de trabajo y antigüedad en la empresa" en/ Rev. Pul. Loc. nº 64, art.- dic. 1.964, pág. 78.

(26) Dice el citado artículo: "Todos los puestos de trabajo, excluidos los casos previstos en el artículo anterior (se refiere a los de libre designación) se cubrirán mediante pruebas de capacitación, cuyas bases generales/ mínimas serán establecidas por cada empresa".

c) El concurso-oposición consiste en la conjunción de ambos — sistemas y comprende dos fases que se valoran conjuntamente, la estimación de los méritos y la realización de pruebas. Las Reglamentaciones lo utilizan muy ampliamente.

B. Reglas de Procedimiento.— Vamos a referirnos al concurso— oposición como forma más utilizada y además porque abarca las otras dos facetas de la evaluación objetiva y porque las reglas que exponremos son — idénticas para el concurso y la oposición puros en lo que les sea aplicable.

a) La estimación de los méritos: Admite muy diversos grados de discrecionalidad. Si los méritos se encuentran taxativamente relacionados/ en un baremo, si éste solo incluye datos fácilmente constatables y por último si la valoración se encomienda a un tribunal mayoritariamente formado por personas no forzosamente sometidas a excesivas coacciones de los empresarios o de los trabajadores, entonces la objetividad será aceptable. En — la medida en que se debiliten los requisitos enumerados se amplía el margen de discrecionalidad con el correspondiente peligro de arbitrariedad. — Lo cierto es que las Reglamentaciones adolecen de sensibles lagunas en esta materia. Parece conveniente una regulación más concreta que evite conflictos. Sólomente la Ordenanza de CONSTRUCCION, art. 72, incluye un baremo — completo de méritos con su correspondiente puntuación. Varias Reglamentaciones se remiten al Reglamento de Régimen Interior, más no puede olvidarse que la mayoría de las empresas carecen del mismo. Son bastantes las Reglamentaciones que se limitan a enumerar algunos de los méritos que deben/ computarse necesariamente, incluyendo casi siempre la antigüedad, pero la/ lista es deliberadamente ejemplificativa y no señala puntuaciones. Por último, la mayoría de las Reglamentaciones que establecen el sistema de ascenso del concurso-oposición omiten cualquier regulación del mismo.

En todo caso elementales principios de equidad exigen que en la celebración de los concursos sean respetadas las siguientes reglas: que — los méritos no puedan ser apreciados libremente por el tribunal, sino con/ sujeción a un baremo previamente establecido; que el baremo, si no está regulado en una disposición de obligatoria observancia, sea confeccionado — por el propio tribunal o al menos que reciba su aprobación; publicidad del baremo y de la puntuación alcanzada por cada concursante.

b) Las pruebas: la diversidad de categorías y de cometidos — asignados a las mismas veda cualquier intento de regulación normativa de — las pruebas para el ascenso. Varias Reglamentaciones se limitan a establecer la regla de que sean eminentemente prácticas (27). Deben tener por objeto comprobar si el trabajador posee los conocimientos y destreza propios

(27) Ver la de ACEITE, art. 20, o la de SIDEROMETALURGIA, Art. 24.

de la categoría a que aspira y también la comparación de sus aptitudes con las de los restantes concursantes. Aún siendo las pruebas eminentemente — prácticas plantean un problema de difícil solución. Las vacantes se producen en una categoría profesional, pero también en un puesto de trabajo. — Por ejemplo, si una empresa convoca concurso oposición para cubrir una plaza de oficial primero administrativo, lo normal es que no busque un trabajador polivalente apto para desempeñar cualquier puesto de oficial primero, sino que pretenda cubrir un puesto concreto. El establecimiento de unas — pruebas encaminadas a comprobar quién es el más idóneo para cubrir ese — puesto o quién de entre los oficiales de segunda posee una mejor formación de carácter administrativo fácilmente arroje distinto ganador. Entendemos/ que por respeto al principio de igualdad de oportunidades, las pruebas aún siendo de carácter práctico no deben ser tan específicas de un puesto que/ los trabajadores que habitualmente estén adscritos a cometidos distintos — se encuentren en inferioridad de condiciones. En manera alguna se atenta — a los intereses de la empresa, pues sabido es que cualquier persona con un nivel de formación y de experiencia aceptables muy pronto se habitúa a la/ realización de trabajos propios de su nivel. Un recurso que puede ser útil para conjugar el carácter abierto de la promoción profesional con un cierto grado de especialización es el de configurar los ascensos por departamentos o secciones de la empresa, sistema perfectamente razonable y legal/ como se vió al tratar de los escalafones.

Si el contenido de las pruebas no admite una regulación previa con carácter general, no cabe decir lo mismo de los aspectos formales. A — falta de una regulación minuciosa, siempre deseable, entendemos que cuando menos la publicidad de la convocatoria con una razonable antelación, describiendo la materia objeto de los exámenes y los criterios de calificación, constituye requisito indispensable para la validez de las pruebas./ (28)

o) Tribunales: deben estar formados por personas en quienes — concurren condiciones de imparcialidad y de conocimiento de los trabajos — propios de la categoría de ascenso. Se encuentran regulados en casi todas/ las Reglamentaciones. Algunas se remiten al Reglamento de Régimen Interior y las menos no los mencionan.

(28) La D.G.† en R. 6-6-72 (citada por AYERRE, en "Ind. Sidero." cit. pág. 95) entendió con excelente criterio que la empresa no podía negar el ascenso al ganador de las pruebas por no haber alcanzado una puntuación mínima/ que no había sido fijada previamente en el anuncio de la convocatoria

Sus componentes son los siguientes: Presidente, que siempre es el propio empresario o persona en quien delegue. En todo caso su nombramiento se efectúa sin intervención de los trabajadores. Vocales, en número variable, dos o cuatro, para que el número total de votos resulte impar. Las soluciones adoptadas para su designación varía mucho de unas a otras Reglamentaciones. Podemos resumirlas en las siguientes, que no suelen darse puras sino combinadas entre sí: nombrados libremente por la empresa, nombrados por la empresa de entre una terna presentada por los representantes — sindicales de los trabajadores, nombrados directamente por dichos representantes. Por último algunas Reglamentaciones (BEBIDAS, CARNICAS) otorgan — la condición de asesor sin voto al Jefe de Personal.

Requisito repetido por las Reglamentaciones es el de que los — componentes del Tribunal ostenten al menos la misma categoría que corresponde a la vacante a cubrir. No se especifica si debe pertenecer a la misma especialidad. Parece razonable que así ocurra al menos con algunos de — ellos. Más que el rango jerárquico de los miembros del tribunal importa el conocimiento de las tareas que deben ser juzgadas. Sin llevar el ejemplo a extremos exagerados, una elemental reflexión conduce a comprender que un — ingeniero puede que no sea la persona más apta para juzgar la destreza de/ un tornero.

Las Reglamentaciones no aclaran si los miembros del Tribunal — necesariamente deben pertenecer a la empresa. Creemos que no, pues de otra manera resultaría muy difícil y en ocasiones imposible la formación de tribunales en empresas de reducida plantilla e incluso en grandes empresas para categorías muy cualificadas. Hay que reconocer, no obstante, que en la/ práctica entraña dificultades la designación de personas que prestan servicios en otra empresa y cuya ausencia de esta origina inconvenientes comprensibles.

1.2.3.- ANTIGÜEDAD.-

La antigüedad se refleja en los ascensos a través de diversas/ vías que enumeramos según el orden decreciente de intensidad con que aquella se refleja: el automatismo para el ascenso, el requisito ^{la preferencia} y la alegación como un mérito concurrente con otros. La antigüedad como requisito necesario o como condición suficiente para el ascenso se encuentra recogida/ en algunas escasas Reglamentaciones que fueron citadas al tratar de este — elemento como criterio inspirador del contenido de las categorías. (29) —

En cuanto al sistema de antigüedad como preferencia para el ascenso consiste en otorgarle al más antiguo de los trabajadores que ostentan la categoría inferior. La aplicación de un criterio estricto de antigüedad entraña el peligro de que el mero transcurso del tiempo se traduzca en promociones/injustificadamente generosas para trabajadores ineptos y en perjuicio de otros más capaces y diligentes. Por este motivo su aceptación en las Reglamentaciones es muy restringida (30). Para corregir este inconveniente se suele combinar el factor antigüedad con pruebas de capacitación profesional. Ascende el más antiguo, pero a condición de que previamente supere un examen en el que demuestre estar capacitado. Por tratarse de un requisito establecido en garantía del empleador, éste puede renunciar al examen si le consta la capacidad. Este sistema se presta a confusión con el concurso-oposición en el cual se valora la antigüedad. No existe tal confusión, ya que en este caso la antigüedad opera como un elemento entre otros para determinar quién es el trabajador más capaz o con mayores méritos, mientras que en el sistema de antigüedad debe ascender el más antiguo, con tal de que esté capacitado, aún cuando no sea el más capaz. El criterio decisivo sigue siendo la antigüedad. Las pruebas sólo tienen por objeto comprobar si el trabajador a quien corresponde el ascenso se encuentra en condiciones de realizar la función superior con un rendimiento correcto. Esta modalidad es ampliamente utilizada por las Reglamentaciones. (31).

El tratamiento conferido a la antigüedad envuelve dos consideraciones: la de la presunción de cierta cualificación adquirida a través de la experiencia y la del desarrollo de la carrera profesional del trabajador. En cuanto a la primera es claro que el ejercicio continuado de unas funciones proporciona conocimientos y destreza, y por ello el legislador se inclina a establecer la presunción de que el trabajador que durante el plazo que señala en cada caso ha ejecutado los trabajos propios de una categoría, se encuentra suficientemente adiestrado para realizarlos con la perfección y rendimiento propios de la categoría inmediatamente superior, o que se encuentra más capacitado que quienes han venido ejecutándolos durante menos tiempo. El sistema de la antigüedad es válido sobre todo para el paso de

(30) AGRICULTURA, Art. 20, ascenso de los peones Ayudantes de fabricación a Ayudantes especialistas; ALIMENTACION, art. 12 un turno para jefe de Administración de segunda y Oficiales Administrativos de primera y segunda; QUIMICAS, arts. 23 y 25, establece un turno de antigüedad para cubrir las vacantes de Oficial de segunda administrativo, de oficiales de primera y de segunda de oficios auxiliares y de oficial de primera de actividades complementarias.

(31) ALIMENTACION, art. 12, para el 50 por 100 del personal obrero.; ARTES/GRAFICAS, art. 28, adopta este sistema para todas las categorías con la única salvedad de las reservadas excepcionalmente a la libre designación. La SIDERO-METALURGICA, art. 24, reserva un tercio de las vacantes a la provisión por antigüedad, salvo que se acredite la carencia de aptitud en el trabajador.

constituyen más bien escalones de habilidad o experiencia, y es menos apto "a/ medida que se exige una mayor especialización para el desempeño de las funciones que integran el cometido del oficio" (32). Encuadrado el tema de la antigüedad en la dimensión de la carrera profesional del trabajador es patente la estrecha correlación existente entre ambas figuras, si bien entendemos que resulta más justo desarrollar ésta a través de otros cauces que impliquen la utilización de estímulos más eficaces para promocionar al trabajador capaz y diligente. Lo cierto es que en el tratamiento de las repercusiones de la antigüedad sobre los ascensos late la pugna entre el empleador que desea seleccionar a su personal no sólo en el momento de iniciar la prestación de servicios sino en cada escalón sucesivo y el trabajador que desea objetivar la selección a través de un instrumento que escapa del ámbito decisorio de aquél (33). Enfocado el problema desde una vertiente sociológica, CATALA RUIZ, M. se ha referido con justeza a "los viciosos sistemas, tan perjudicial uno como otro, del ascenso por mera antigüedad o por caprichosa concesión de la empresa" (34).

El cómputo de la antigüedad para los ascensos, admite dos variantes según que se tengan en cuenta los servicios prestados en la categoría o en la empresa y a su vez la antigüedad en la categoría puede subdividirse según que se refiera al empleo u a la empresa conjuntamente o que se tenga en cuenta la categoría con independencia de la empresa en que se han prestado los servicios. La solución correcta entiendo que debe partir de la distinción entre el supuesto excepcional de ascenso automático cuando se ostenta una categoría durante un cierto período de tiempo preestablecido y el normal en que la antigüedad fundamenta una preferencia. En el primer caso, si la razón de ser de la institución es la presunción de que la repetición de funciones proporciona experiencia, debe concluirse que resulta indiferente que ésta se haya adquirido en una o en varias empresas. En el supuesto normal, donde juega no sólo el factor de idoneidad, sino también la posible colisión con los derechos de otros compañeros, lo razonable es considerar la antigüedad en la categoría dentro de la empresa en que se están prestando los servicios. Valorar la antigüedad en otras empresas distintas supone otorgar efectos sobre terceros a unas situaciones que les son totalmente ajenas. Computar el período de antigüedad partiendo siempre de la fecha de ingreso en la empresa, sin tener en cuenta la categoría favorece exageradamente a los más antiguos que podría obtener repetidos ascensos, impidiendo la promoción de otros compañeros mejor capacitados mediante el desempeño de los trabajos de la categoría inmediatamente inferior durante espacios de tiempo más dilatados. (35)

(32) RIVERO LAMAS, J. "Contrato de trabajo y antigüedad en la empresa", en Rev. Pol. Sec. nº 64, oct.-dic. 1.964, pág. 55.

(33) RIVERO LAMAS, J. "Contrato de trabajo ..." pág. 77

(34) "Problemas de personal en España en comparación con otros países" en Rev. Pol. Soc. nº 75, jul.-sept. 1.967, pág. 29.

(35) Este criterio es mantenido por la D.G.T. Puede comprobarse en Consulta de 16-10-74 (BOIT, nov. 74, Ref. 11-145)

2. DISMINUCION DE CATEGORIA.--

La categoría constituye un derecho sustancial del trabajador - nacido del ajuste de su voluntad con la del empleador. Si el carácter contractual del trabajo prestado veda los ascensos basados en un cambio de - ocupación no aceptado por ambas partes, con mayor vigor ha de jugar esta - limitación si se trata de una disminución de categoría. Sin embargo determinadas circunstancias pueden forzar una alteración de las funciones habituales del trabajador justificando una modificación de categoría, que será inferior si a los nuevos trabajos corresponde una inferior valoración. La/ categoría se basa en unas funciones contratadas y unas funciones de facto. El respeto a las condiciones más beneficiosas y la consideración de la dignidad de la persona impiden que una de las partes imponga la realización - de funciones de inferior categoría que las contratadas a no ser en casos - tan excepcionales y tan breves dejen a salvo o que justifiquen el sacrificio de los indicados principios. No obstante si muy poderosas razones reconocidas por la Ley hanen preciso encomendar de manera habitual y permanente trabajos de inferior categoría, variando el objeto del contrato, podrían considerarse supuestos de disminución de categoría. Vamos a examinarlos - distinguiendo aquellos que de acuerdo con nuestra legislación y con la interpretación jurisprudencial constituyen una auténtica reclasificación in/ peius de aquellos otros en los que se niega esta posibilidad. Veremos cómo los primeros siempre responden a una efectiva variación del trabajo - - prestado, mientras que no se admiten disminuciones de categoría mientras - permanece inalterable el objeto de la prestación. En todo caso conviene recalcar que estamos analizando el tema de la modificaciónde categorías y - que el simple encargo de tareas de inferior categoría sin pérdida de la - misma se contempla en otro apartado de nuestra investigación.

2.1. SUPUESTOS NO ADMISIBLES.--

La disminución de categoría exige ante todo que responda a una efectiva realización de funciones propias de la inferior categoría. Es pensable la hipótesis de una reducción de categoría sin modificación de tareas, bien sea para corregir errores de clasificación, bien sea por una aplicación abusiva de los supuestos legalmente admisibles.

2.1.1. ERROR DE CLASIFICACION.--

La clasificación del trabajador puede resultar desacertada por defecto o por exceso. La legislación y la doctrina suelen detenerse en la - consideración del supuesto de que un trabajador ostente categoría inferior a la que le corresponde de acuerdo con las funciones que realiza. Conviene tener en cuenta asimismo la posibilidad de que se de el supuesto contrario originado en una aplicación incorrecta de la legislación. El respeto a los

dar una disminución de categoría. Además dicho error es imputable al propio/ empleador y consecuentemente debe soportar las consecuencias adversas.

Aludimos al tema a efectos sistemáticos sin insistir en él porque ha sido abordado en el capítulo dedicado a la asignación de categoría.

2.1.2.- APLICACION ABUSIVA O FRAUDULENTE DE LAS CAUSAS ADMISIBLES DE DISMINUCION DE CATEGORIA.-

El abuso puede manifestarse en forma de coacción al trabajador. - Por vía de ejemplo podría citarse, la situación del trabajador deseoso de un/ traslado a puesto distinto, pero de idéntico rango, a quien se fuerza a aceptar una inferior categoría como condición previa; la sanción de disminución de categoría impuesta al trabajador que sigue realizando las mismas tareas y/ que transige para evitar una sanción más onerosa; la aceptación de una inferior categoría para la misma función por parte del trabajador afectado de una incapacidad a quien se pretende despedir alegando la motivación siempre difícil de rebatir de falta de vacante en puestos de trabajo adecuados a sus facultades. Los ejemplos citados son fácilmente encajables dentro del ámbito del delito social y, aunque no puede descartarse su existencia, muy raramente ocurrirán. Mucho más fácilmente se darán casos de disminución simulada de categoría concertándose entre empleador y trabajador con el fin de defraudar a/ la Seguridad Social cotizando por salarios inferiores.

2.2. SUPUESTOS ADMISIBLES DE DISMINUCION DE CATEGORIA.

2.2.1. POR MUTUO ACUERDO.-

La voluntad concorde de empresario y trabajador en orden a modificar el trabajo contratado es admisible, ya que no contradice norma alguna, y/ consiguientemente no pueden oponerse reparos a la asignación de la categoría/ adecuada, con la única salvedad de que se respeten los derechos que terceros/ tengan reconocidos para ocupar la plaza correspondiente a la nueva categoría/ (36). No hay por qué hablar de la renuncia de derechos cuando son tan variadas/ las razones que puede tener el trabajador para estar interesado en la ocupación de un puesto de inferior categoría a la que ya ostenta. Bien entendido -

(36)VILLA, L.E. DE LA. P."Esquemas de Derecho del Trabajo".Curso 1.972-3.pág. 302 pone en duda la licitud del acuerdo entre empleador y trabajador para realizar trabajos de inferior categoría, si bien señala que "los tribunales admiten ab initio que el trabajador, con independencia de su calificación profesional, acepte cualquier categoría tras el acto de clasificación.

Este es asimismo el criterio della Dirección General de Trabajo./ El cambio de categorías, a consecuencia del cambio de destino solicitado por/ los trabajadores, es perfectamente lícito, en base al art. 9 de la LCT y no vulnera lo dispuesto en el art. 36 de la propia ley, habiéndose operado, libremente, una novación de su relación laboral. RDGOT. 25-5-65 (citada en "Jurisprudencia laboral", Madrid 1.966, nº 268).

que nuestro razonamiento parte del supuesto de que la asignación de inferior categoría responde a la realización efectiva de trabajos propios de la misma. Cualquier descenso de categoría sin este requisito incurriría en abuso

La voluntad de una sola de las partes interesadas puede manifestarse como una invitación a la otra para que acepte la modificación pero ninguna de ellas tiene la facultad de provocarla, ya que el cambio de categoría/entraña una modificación extintiva que requiere el mutuo acuerdo o el cumplimiento de un mandato legal. En cuanto al trabajador no encontramos ninguna norma que le otorgue el derecho a exigir la inferior categoría, a no ser en algún supuesto muy excepcional de pérdida de capacidad que será abordado en el apartado siguiente. La doctrina española que ha tratado de las modificaciones de condiciones laborales es unánime al respecto. La voluntad del empleador en el ejercicio del poder de dirección tampoco es suficiente para imponer la minración de categoría, si bien la Ley en ciertos casos le otorga la facultad de instar una autorización administrativa que supla su insuficiencia.

2.2.2. POR CAMBIOS ECONOMICOS Y TECNOLOGICOS.

El art. 18 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1.976 admite la modificación de condiciones sustanciales de trabajo por voluntad unilateral del empresario con autorización administrativa dictada al término de un expediente administrativo en el que deben aquilatarse las razones/aducidas por la empresa. Entre las condiciones sustanciales figura el derecho a ser ocupado en las funciones contratadas y a ser clasificado de acuerdo con las mismas (37). Ningún texto legal concreta las circunstancias que pueden fundamentar lícitamente la imposición de una disminución de categoría profesional, mas si tenemos en cuenta que varias Ordenanzas imponen graves restricciones al ejercicio de ius variandi empresarial en orden a encomendar funciones/de inferior categoría por causas excepcionales y por períodos transitorios, - habrá de concluirse que la atribución definitiva de estas funciones y mucho más la reclasificación in peius exigirá requisitos tan rigurosos que resulten alternativos al despido, es decir que sólo podrán autorizarse cuando ostensiblemente se cuestione la pervivencia de la empresa. Que el legislador así lo/entiende puede afirmarse con bastante fuerza desde el momento en que la modificación de condiciones de trabajo y el despido por causas económicas y tecnológicas se regulan conjuntamente según tradición legislativa fuertemente enraizada en nuestro derecho laboral (38).

(37) La posibilidad de una disminución de categoría mediante expediente administrativo se contempla en las Sentencias del Tribunal Supremo, CA de 2-7-70 (R.3450) y 23-2-71 (R. 1115)

(38) Consúltese el Decreto de 26-1-44, art. 2º; Decreto de 2-11-72, art. 7º; Ley de Relaciones de Trabajo de 8-4-76, art. 18

La resolución de la Autoridad laboral concretará en cada caso si se autoriza la adscripción a tareas inferiores conservando la categoría o la reclasificación. La diferencia práctica más importante es que en el primer caso se conservará el salario que se venía percibiendo (en otro caso la resolución atentaría tan gravemente al principio de condición más beneficiosa — que entendemos sería nula) en tanto no se absorba por posteriores elevaciones y en el segundo la retribución debe acompañarse a dichas elevaciones.

2.2.3. POR RAZONES DISCIPLINARIAS.

El poder disciplinario abarca el ámbito de la clasificación — profesional. Todas las Ordenanzas principales con rara unanimidad incluyen entre las sanciones aplicables por faltas laborales la inhabilitación para el ascenso y algunas prevén asimismo con una redacción literalmente idéntica la "pérdida temporal o definitiva de categoría", siempre para faltas — muy graves (). La regulación deja en el aire importantes detalles. El — primero, cuántos escalones jerárquicos pueden descender los trabajadores — como consecuencia de la sanción, pues cabe ser clasificado en la categoría inmediatamente inferior o en otras más alejadas. El segundo, si la expre—sión definitiva quiere decir que el trabajador sancionado no se incorpora a su categoría de origen hasta que no le corresponda el ascenso o que — se le cierra incluso la vía de ascensos. En relación con ambas cuestiones/ la interpretación restrictiva característica de las leyes penales y disci—plinarias inclina a la elección de los criterios más favorables al trabaja—dor. Una tercera cuestión no resuelta es la del puesto que debe ocupar en/ el escalafón, concretamente si la que le corresponde de acuerdo con su anti—güedad en la empresa (es fácil que le corresponda el primero) o si el últi—mo. Este dato tiene importancia si los ascensos se producen por anti—güedad. Es la propia ratio legis la que postula que ocupe el último, pues en caso contrario le correspondería cubrir la primera vacante y si se trata/ de una empresa de cierto movimiento la sanción apenas tendría efecto.

2.2.4. POR REINGRESO DEL EXCEDENTE.—

Un caso curioso de facultad de ocupar puestos de inferior categoría, asumiendo los derechos y obligaciones inherentes a la misma, lo constituye el reingreso del excedente sin reserva de puesto de trabajo. Algunas Ordenanzas recogen este supuesto y sancionan la opción del trabajador en—tre ingresar en las posibles vacantes existentes en categorías inferiores/ o esperar a que se produzca en la suya. Entre las principales adoptan esta solución las de ACEITE, art. 53; CONSTRUCCION, art. 132; OFICINAS, art. 43 QUIMICAS, art. 60. Las de ACEITE y QUIMICAS aclaran expresamente que el —

() Por ejemplo, ARTES GRAFICAS, art. 65; BEBIDAS REFRESCANTES, art. 29; TRANSPORTES, art. 118.

trabajador conserva el derecho a ocupar la primera vacante que se produzca en su categoría. Las restantes omiten este dato, si bien la finalidad de - procurar empleo inmediato al excedente patente en esta institución abona - el criterio de provisionalidad en el desempeño de la inferior categoría y/ la inexistencia de renuncia a la categoría de origen.

2.2.5. POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD FISICA O PSIQUICA

Empleador y trabajador conciertan la prestación del trabajo en base a la aptitud para la realización satisfactoria del mismo. Dicha aptitud presupone una capacidad física y psíquica susceptible de alteraciones a lo largo de la vida laboral. El mero transcurso del tiempo produce un menoscabo de la capacidad física y los trabajos más duros con dificultad son desempeñados por personas de edad algo avanzada, las cuales conservan sin embargo sus facultades íntegras para tareas que no exijan intensos esfuerzos físicos ni se desarrollen en un ambiente especialmente desfavorable. Junto a la disminución de capacidad por edad que afecta prácticamente a todos los trabajadores, aunque esta circunstancia no sea siempre relevante en atención al trabajo desarrollado, muchos trabajadores se ven afectados por la enfermedad y el accidente que también merman facultades. La edad y la minusvalía física y psíquica son factores intercurrentes en el sentido de que los efectos desfavorables de aquella repercuten más intensamente en quienes sufren limitaciones orgánicas o funcionales. Sin necesidad de insistir en la descripción de los fenómenos aludidos, basta a nuestra reflexión constatar la existencia de trabajadores inicialmente poseedores de capacidad para realizar unas tareas que llegan a perderla. A partir de la constatación de este hecho, abordaremos a continuación las repercusiones que tiene sobre la clasificación profesional.

A) JUSTIFICACION DE LA RECLASIFICACION IN PEIUS

La atribución de tareas inferiores motivada por disminución de facultades sólo lo puede justificarse como un recurso extremo alternativo del despido o del abandono del trabajo por parte del trabajador que no se considera con facultades suficientes para seguir desempeñándole. En cuanto recurso extremo precisa la concurrencia de circunstancias muy graves que podrían resumirse en los requisitos siguientes:

a) Imposibilidad sobrevenida de continuar realizando las funciones habitualmente desempeñadas. La disminución de facultades sólo puede justificar la imposición de una categoría más baja cuando tenga el efecto, objetivamente constatado, de una correlativa disminución de rendimiento por debajo de los mínimos exigibles. El acuerdo entre las partes, en cambio, exime de criterios cuantitativos rígidos.

b) Inexistencia de puestos de igual o superior categoría adecuados a la capacidad y preparación del disminuido físico o psíquico. Sólomente si no existe ningún trabajo sustitutivo que reúna estas características puede admitirse la asignación de tareas inferiores. Este requisito lo argumentamos partiendo del indiscutible derecho del trabajador a ejercer la ocupación contratada y a cubrir los escalones sucesivos que constituyen su carrera profesional. La imposibilidad sobrevenida en orden a desarrollar el trabajo contratado no tiene por que privarle del -

derecho al ascenso. La consideración conjunta de este derecho y del principio de respeto a la dignidad humana con la consiguiente configuración de la empresa como comunidad que no puede desentenderse de los problemas de sus miembros nos lleva a conocer al trabajador la capacidad disminuida un derecho preferente al ascenso. La falta de cualificación no debe constituir obstáculo si es remediable mediante cursos de reconversión.

La consagración legal de los criterios enunciados exige las dos siguientes medidas: establecimiento con carácter general de una preferencia para el ascenso de los trabajadores con una incapacidad sobrevenida para seguir desempeñando su puesto actual y obligatoriedad de las empresas con trabajos especialmente duros de procurar por sí o a través de los organismos adecuados la formación de los trabajadores que los desempeñan con el fin de conseguir absorber mediante la movilidad vertical ascendente y la horizontal el mayor número posible de trabajadores que sufran disminución de su capacidad. La preferencia para el ascenso como medio de evitar la disminución de categoría profesional del personal con capacidad disminuida, no ha sido recogida en nuestro derecho vigente en términos lo suficientemente explícitos para alcanzar virtualidad (40). A lo sumo Ordenanzas establecen preferencias para ocupar puestos adecuados, pero sin referirla específicamente al ascenso, y si se aplica a esta materia, sin configurar un auténtico derecho exigible y supeditándolo además a la igualdad de condiciones con otros candidatos. La regulación presenta en ocasiones un grado de concreción aceptable solamente en relación con los puestos de subalternos, cuya ocupación supone para la mayoría de los trabajadores no un ascenso sino una disminución de categoría (41).

La exigencia de que las empresas proveen anticipadamente a la formación de sus trabajadores para que, llegado el momento de declive físico, puedan ocupar los puestos menos penosos, no se encuentra recogida en ninguna norma. El Decreto de 22 de agosto de 1.970 sobre empleo de trabajadores minusválidos que, como es sabido, incluye en su ámbito a quienes están afectados por una discapacidad de por lo menos el treinta y tres por ciento y no a quienes sufren el natural desgaste propio de la edad madura o de enfermedades, se refiere a la reeducación profesional de los minusválidos, pero sin afrontar el aspecto concreto de la readaptación progresiva del personal desde los puestos más duros a los más descansados (42).

(40) Un tema distinto es el del derecho o preferencia para acceder a los puestos de inferior categoría, que será abordado en otro tema.

(41) Pueden examinarse las Ordenanzas de ACEITE, arts. 19 y 30; CARNICAS, arts. 33 y 78; HOSTELERIA, art. 27; QUIMICAS, art. 38.

(42) Arts. 5 a 9 del citado Decreto.

En cuanto a la edad debe recordarse que los puestos menos cualificados son - precisamente aquellos en los que antes se alcanza la vejez profesional y que los que requieren mayor cualificación no sólo se ven afectados más tardíamente - por el transcurso de los años sino que incluso en ocasiones se ven favorecidos. - Por ello habría que incluir entre las exigencias básicas la carrera profesional/ del trabajador la impartición de una formación profesional constante que le pre- para para ocupar en los últimos años de su vida laboral puestos de mayor cualifi- cación y menor esfuerzo (43)

La regulación más reciente del despido, contenida en los arts. 39 al rr de - la Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1.977, ha solucionado la "defi- ciencia técnica" (44) de la Ley de Contrato de Trabajo, que incluía la ineptitud entre las causas de despido disciplinario y al mismo tiempo ha introducido una - variante en la redacción de la causa que no favorece el criterio avanzado que - mantenemos en cuenta a la conservación del contrato de trabajo en supuestos de - disminución de facultades durante la vida del contrato. La ineptitud sobrevenida se admite como posible causa de despido y además se establece una nueva causa - que es la falta de adaptación a los cambios tecnológicos, con lo cual parece que la ineptitud sobrevenida sólo puede referirse a la disminución de facultades fí- sicas o psíquicas. Lógicamente si se permite el despido sin matizarlo ni condi- cionarlo, resulta difícil encontrar apoyo legal para la defensa de la categoría.

A) PRESUPUESTOS DE LA DISMINUCIÓN DE CATEGORÍA POR MÉRITO DE FACULTADES.

La ordenación de disminución de categoría, como un aspecto del tema más - - sencillo del cambio de puesto de trabajo por pérdida de facultades, si pretende - ser sincera y eficaz debe sustentarse en la existencia de órganos técnicos impar- ciales que dictaminen la debilitación de facultades así como la capacidad para - desempeñar la nueva función y en la reserva obligatoria de puestos para personal con capacidad disminuída. La insuficiencia legal en esta materia reduce a mera - mente programática cualquier declaración de principios aún cuando se formulen en forma que parece revestirlos de exigibilidad y coactividad. Muestras claras de - esta inoperancia nos revela nuestra legislación sobre el derecho del trabajador/ y del empleador a exigir la reclasificación descendente y sobre los medios que - pueden utilizarse para evitarla. Para comprender y valorar estos problemas vamos a examinar previamente lo que pudiéramos denominar presupuestos legales para la/ configuración de la disminución de categoría por disminución de la capacidad fí-

(43) UCCELAY DE MONTERO, J.A. "Régimen laboral especial de los trabajadores de - edad madura", Rev. Pol. L. n° 88, octubre-diciembre, 1.970, pág. 62

(44) ALONSO OLEA "Derecho del Trabajo", cit. pág. 212.

sica o mental.

a) Constatación de la disminución de facultades. Puede tener origen en causas diversas cuyo tratamiento es diferenciado, a saber, la edad, la enfermedad profesional y la enfermedad común o el accidente, sean o no de trabajo.

— La edad constituye dato de fácil comprobación y no presenta por ello problema alguno. Aún cuando resulte un criterio arbitrario respecto a cada persona esta justificado como regla de aplicación general, dada la dificultad que entraña la comprobación individual de la aptitud (45). La doctrina laboralista en relación con la edad avanzada de los trabajadores ha destacado la diferencia entre envejecimiento biológico y profesional resaltándose que el segundo va estrechamente ligado a las mutaciones tecnológicas y a la mayor o menor flexibilidad del trabajador para adaptarse a ellas (46).

En nuestro derecho laboral se presumen los cuarenta años como edad límite superior del pleno vigor físico, si bien con un criterio más sociológico que médico, en cuanto que tiene en cuenta primordialmente las dificultades de encontrar empleo, cumplida dicha edad. El Decreto de 30 de abril de 1.970 en su artículo 5º regula la movilidad interior del personal mayor de cuarenta años, con el fin de que sean adscritos a puestos de trabajos más apropiados a sus aptitudes y condiciones personales cuando, de no procederse así, hubiera de prescindirse de sus servicios por disminución de su capacidad laboral. La referencia a la capacidad laboral hace que en materia de traslados, no opere automáticamente la edad, como ocurre en otros aspectos de los regulados por el citado Decreto, en los que resulta necesaria la comprobación de aquella caso por caso, como en el supuesto de enfermedad al que nos remitimos.

— La enfermedad profesional. La legislación de enfermedad profesional contenida básicamente en el Decreto dd 13 de abril de 1.961 y en su Reglamento aprobado por Orden de 9 de mayo de 1.962, incluye el traslado de puesto de trabajo entre las situaciones de los trabajadores afectados por dichas enfermedades. El nuevo puesto no tiene por qué corresponder a una categoría distinta ni, de ser así, ésta ha de ser necesariamente inferior, pero es posible que esto ocurra y las normas prevén dicha hipótesis. La declaración de existencia de síntomas de enfermedad profesional que, sin constituir incapacidad laboral transitoria, aconsejen el traslado del trabajador a otro puesto de trabajo exento de riesgo—

(45) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Compendio de Derecho Civil". Madrid 1957 pág. 167.

(46) UCCLA Y DE MONTERO, J.A. "Regimen Laboral ..." cit. pág. 64.

se encomienda a las Comisiones Técnicas Calificadoras, constituidas en Tribunales Médicos si bien su actuación sólo tiene lugar cuando los interesados (empresarios y trabajadores) o la Inspección de Trabajo discrepen del dictamen médico que aconsejen el cambio de puestos de trabajo (47).

La disminución de capacidad por enfermedad común y por accidente se aprecia oficialmente por órganos constituidos para esta finalidad, Las Comisiones Técnicas Calificadoras y las Unidades Provinciales de Valoración de Minusválidos. — Las declaraciones de las Unidades de Valoración de Minusválidos abren el camino a la obtención de determinados beneficios, pero no producen efectos vinculantes en relación con el puesto que viene desempeñando el trabajador. Los pronunciamientos de las Comisiones Técnicas Calificadoras, en cambio, sí que los producen (48). La invalidez en cualquiera de sus grados supone una inadecuación al menos parcial con el puesto de trabajo.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las declaraciones de invalidez o de minusvalía sólo tienen lugar cuando el menoscabo supera el treinta y tres por ciento (49). Por debajo existen muchas situaciones de disminución de facultades las cuales serán precisamente las que más frecuentemente justifiquen cambios de puestos de trabajo. Se hace necesario la institucionalización de órganos revestidos de competencia e imparcialidad que eliminen las apreciaciones subjetivas de los interesados. Los Servicios Médicos de Empresa cumplen una importante función en este sentido. Sin embargo en su organización actual no rellenan la laguna legal existente porque en la mayoría de las empresas no se encuentran constituidos y porque además, aún cuando sean controlados por Organismos de la Seguridad Social, realizan su cometido bajo dependencia del empresario (50).

(47) Decreto 16-8-68, art. 9 y Orden 8-5-69, arts. 27, 1 y 2. Una sistematización de la amplia y dispersa normativa en coherente materia de enfermedades profesionales ha sido realizada por RODRIGUEZ SANTOS, B. "Comentarios prácticos a la Ley de Seguridad Social", T. III, Valladolid, 1.976.

(48) Un estudio exhaustivo de las Comisiones Técnicas Calificadoras puede consultarse en ALVAREZ DE MIRANDA Y TORRES, J.M., "Las Comisiones Técnicas Calificadoras y su competencia" Rev. Pol. Soc. nº 107, julio - septiembre 1.975, — pág. 29 s.

(49) Ley General de la Seguridad Social de 30-5-74, art. 135.3. Las Comisiones aprecian este porcentaje discrecionalmente poderando las limitaciones orgánicas y funcionales y las circunstancias personales y ambientales que repercuten en la realización del trabajo. Las Unidades de Valoración vienen utilizando las Gufas elaboradas por el Comité para la Evaluación del Menoscabo Físico y Mental de la Asociación Médica Americana, las cuales contienen tablas minuciosas de fijación de porcentajes de menoscabo.

(50) Los Servicios Médicos de Empresa se encuentran regulados por Decreto de 10-6-59, reglamentado por Orden de 21-11-59. Refiriéndose sólo a la última disposición, revisten especial interés en este apartado de nuestra investigación los artículos 5º y siguientes (ámbito de aplicación), 39 a 53 y 61 a 64 (funciones).

b) Capacidad para desempeñar el nuevo puesto. Se basa en una cualificación - cuya posesión debe comprobarse con los mismos métodos empleados en relación con la generalidad de los trabajadores y en una capacidad residual específica que debe apreciarse asimismo por órganos objetivos. Las Comisiones Técnicas Calificadoras no abordan el estudio de los puestos concretos que puede desempeñar el trabajador, a no ser en el supuesto específico de enfermedad profesional. Las Unidades de Valoración de Minusválidos sí pretenden atender esta dimensión tanto a través de sus vocales médicos como de los expertos en formación profesional y empleo incorporados a las mismas, pero de hecho señalan posibles ocupaciones realizables sin dictaminar en relación con puestos de trabajo concretos. (51) Es imprescindible un órgano que cumpla esta importante misión. Lógicamente la determinación de la pérdida de facultades para seguir desempeñando un puesto y de la capacidad residual para otro son dos dimensiones de una misma cuestión que deberían ser encomendadas al mismo órgano. Entendemos que debería estar vinculados a los servicios de Seguridad e Higiene de la Seguridad Social con participación del Médico de empresa en su caso del médico que gozase de la confianza de los propios interesados (52).

c) La constatación de la disminución de facultades para desempeñar un puesto de trabajo y de la capacidad residual para otro distinto constituye un callejón sin salida si no se dispone de vacante efectiva en el nuevo puesto. El empresario dispone de mil subterfugios para oponer cualquier intento de movilidad la inexistencia de vacante (53). Resulta necesaria la determinación de puestos que necesariamente deban ser cubiertos por personal con capacidad disminuida. El Decreto de 30 de abril de 1.970 ordena a las empresas con más de veinticinco trabajadores fijos, la elaboración de una relación de puestos que pueden reservarse a mayores de cuarenta años. La Orden de 18 de enero de 1.971 extiende a cada año la elaboración de la relación y determina que las vacantes producidas en puestos de la relación deben ser cubiertos necesariamente con trabajadores mayores de cuarenta años en situación de desempleo. No prevé la posibilidad de que accedan a dichos puestos los trabajadores ya colocados en la empresa en quienes concurra la circunstancia de haber cumplido dicha edad.

(51) Res. D.GSS, 20-4-72, 2ª - 7.

(52) Los Servicios Médicos de Empresa, entre otras funciones, tienen encomendado el "análisis y clasificación de los puestos de trabajo para la valoración de los requerimientos psicofisiológicos de las tareas". (Art. 6º del D. 10-6-59)

(53) SAGARDO-Y BENGOCHEA, J.A. Entiende que la inexistencia de puesto adecuado al trabajador con facultades disminuidas debe ser contratada a través de un expediente de regulación de empleo. "Ineptitud, despido y desempleo", en R.P. S., núm. 89, 1.971, pág. 31.

En cuanto a los minusválidos el Decreto de 22 de agosto de 1.970, art. 10, - encomienda al Ministerio de Trabajo la determinación y clasificación por ramas - de actividad laboral y categorías profesionales de los empleos y puestos de tra- bajo que las empresas deberán reservar obligatoriamente a los minusválidos. Se - determina asimismo que dicha materia constituya contenido obligatorio de las Or- denanzas, Convenios Colectivos y Reglamentos de Régimen Interior. Desgraciadamen- te esta importante tarea no ha sido realizada. La dificultad evidente que entra- ña llevarla a cabo de forma perfecta ^{no} debería ser óbice a una clasificación de - puestos reservados a personal de capacidad disminuida aunque pecase de incomple- ta.

Las relaciones de puestos contempladas tanto en las normas sobre trabajado- res de edad madura como sobre minusválidos se refieren a la colocación o lo que es igual al primer puesto de trabajo desempeñado en la empresa. Aludimos a ellas, no obstante, porque reflejan un criterio del legislador acorde con el que estima- mos debe seguirse en materia de movilidad del personal con capacidad disminuida. Lo cierto es que elaborada una clasificación de puestos caracterizados por requere- r escasas cualidades físicas sería utilizable lo mismo para el ingreso en la - empresa que para los cambios posteriores. Sin esta clasificación es difícil que - tengan efectividad las declaraciones de derechos en esta materia.

C) EL DERECHO DEL TRABAJADOR A LA RECLASIFICACION DESCENDENTE.

Si la disminución de categoría en cuanto sustitutiva del despido se concibe- como una garantía de estabilidad del contrato de trabajo, su propia naturaleza - exige reconocer al trabajador un auténtico derecho y no una posibilidad condicio- nada al arbitrio o a los criterios organizativos del empresario. Al tratar del ascenso hemos razonado la posibilidad de que un trabajador no esté interesado en el mismo y hemos definido que no puede ser obligado a aceptarlo. Las mismas o - análogas circunstancias que fueron citadas como explicación razonable de su nega- tiva al ascenso podrían originar el deseo de ocupar un puesto de inferior catego- ría. Entendemos que la simple conveniencia del trabajador no constituye título - bastante para exigir el cambio, pero que la imposibilidad o la especial dificul- tad sobrevenida para continuar desempeñando el mismo puesto por pérdida de facul- tades sí que justifica el derecho a la reclasificación descendente, si bien supe- ditado a la concurrencia de los requisitos de incapacidad comprobada objetivamen- te, capacidad residual para el nuevo puesto y existencia de vacante en el mismo.

Nuestro derecho positivo no recoge con la suficiente energía este principio. Entre las principales Ordenanzas sólo las de CONSTRUCCION, OFICINAS y DESPACHOS, y QUIMICAS, contienen una formulación del derecho mínimamente aceptable. Las dos primeras en los artículos 114 y 29 respectivamente utilizan las expresiones "de-

berá ser destinado", "deberán acoplar" indicativas de una auténtica obligación a cargo de las empresas, si bien las matizaciones introducidas a continuación desdibujan considerablemente esta obligación. La limitación de que "existan posibilidades para ello" o que "la empresa tiene disponible puesto" en la práctica dificulta enormemente el ejercicio del derecho reconocido al trabajador. La Ordenanza de QUIMICAS, art. 38, omite cualquier limitación al taxativo precepto "las empresas acoplarán al personal con capacidad disminuida". Sin embargo la lectura atenta del citado artículo confirma que el derecho a ocupar puestos de inferior categoría se supedita a la existencia de los mismos ya que se dan normas sobre preferencias para ocuparlos, lo cual es una muestra de realismo, del mismo modo que es muestra sinceridad la eficaz medida adoptada por el artículo siguiente -- que reserva obligatoriamente las plazas de subalternos a los trabajadores que, -- por defecto físico, enfermedad o edad avanzada, no pueden seguir desempeñando su oficio con el rendimiento normal, y siempre que carezcan de pensión. Las restantes Ordenanzas utilizan fórmulas diversas indicativas de una menor exigencia, expresando incluso algunas, una clara opción empresarial, así la de TRANSPORTES, -- art. 56, que establece "las empresas podrán acoplar al personal cuya capacidad -- haya sido disminuida por la edad u otras circunstancias".

La doctrina española apenas se ha ocupado de estos temas, SAGARDOY escribe -- "No veo hoy por hoy, y con la base en nuestro derecho positivo, razón jurídica -- que apoye la obligatoriedad contractual de formar al trabajador afectado por la imposibilidad sobrevenida, para trabajos propios de distinta categoría profesional, y aunque pueda ejecutarlos con perfección". Para ello están las normas ya -- citadas, de asunción obligatoria de los trabajadores minusválidos" (54). Y ante la imprecisión o vaguedad de las expresiones utilizadas por gran número de ORDENANZAS, SALA FRANCO se inclina por la interpretación favorable al trabajador -- siempre que la redacción no sea claramente opuesta y se apoya en "la ratio legis" o interés protegido por el precepto: evitar el cese del trabajador mediante un -- cambio de destino del mismo (55). Nosotros postulamos la misma interpretación, -- si bien somos conscientes de que de poco sirve reconocer esta facultad al trabajador mientras no se arbitren los medios legales y materiales que posibiliten su actualización. La insuficiencia de la norma en esta materia no plantea problemas áridos de interpretación, sino de existencia de instrumentos ajenos a la empresa eficaces para determinar las facultades perdidas y residuales y los puestos de -- trabajo reservados.

(54) SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "La Ineptitud ..." cit. pág. 31.

(55) "La movilidad ..." cit. pág.

D) FACULTAD EMPRESARIAL PARA EXIGIR LA RECLASIFICACION IN PETUS.

La cuestión de si la disminución de capacidad por desgaste físico o enfermedad faculta al empresario a imponer la adscripción del trabajador a un puesto de inferior categoría no encuentra una respuesta clara en la mayoría de las Ordenanzas, las cuales o no mencionan esta clase de movilidad o lo hacen sin utilizar expresiones que fundamenten un indubitable derecho del empresario. Entre las más importantes sólo las de CONSTRUCCION, art. 115, y TRANSPORTES, art. 56, proclaman la exigibilidad del cambio, que por otra parte matizan estableciendo la posibilidad de recurso ante la Autoridad Laboral por parte del trabajador disconforme. La Administración Laboral en algún caso ha determinado que la disminución de categoría en caso de pérdida de facultades por accidente no puede ser impuesto unilateralmente por el empresario (56).

Al margen del contenido de los artículos de las Ordenanzas que se ocupan del personal con capacidad disminuida entendemos que los criterios sobre los poderes empresariales en la materia aparecen suficientemente claros en el conjunto de nuestro derecho laboral. El trabajador se obliga a realizar un determinado trabajo con un rendimiento aceptable. El rendimiento mínimo, fijado de acuerdo con técnicas de evaluación o por una referencia a la costumbre (57), marca el límite de exigibilidad en su prestación. Rendimientos por debajo del mínimo suponen incumplimiento contractual de la obligación de trabajar mientras que los rendimientos superiores, aunque resulten más bajos que los obtenidos por otros mejor dotados, justifican si acaso reducciones de primas, pero nunca pueden desencadenar los efectos previstos para los incumplimientos contractuales. Consiguientemente entendemos que el trabajador cuyo rendimiento justificaría un despido procedente, a fortiori podrá ser obligado a desempeñar un puesto que comporte la reclasificación en una inferior categoría, mientras que en tanto se alcancen los mínimos exigibles la adscripción definitiva a dichos puestos requiere la aceptación del interesado.

El reconocimiento de la facultad empresarial para imponer la movilidad descendente debe tener en cuenta el principio desarrollado en su momento de que este recurso extremo sólo se justifica una vez agotados todos los medios de evitarlo, incluidos el ascenso preferente y la formación profesional encaminada a la movilidad ascendente o lateral.

(56) Res. DGOT 6-7-66, en BOMT, julio 66, Ref. 7 - 187.

(57) ALONSO OLEA, M. "Introducción al Derecho del Trabajo", 2ª ed., Madrid-1.968, pág. 190.

E) EFECTOS ECONOMICOS DE LA RECLASIFICACION IN PEIUS.

La adscripción del trabajador a un puesto de inferior categoría con carácter definitivo equivale a la reclasificación en dicha categoría, aún cuando la redacción de algunas normas sea ambigua o incluso explícitamente proclame la conservación de la categoría superior. Resulta más exacto aludir a la conservación de la retribución inherente a la categoría que a la categoría misma. La clasificación profesional produce efectos muy diversos, que básicamente se reconducen a los económicos y a los de limitación del trabajo exigible. Los primeros fácilmente pueden desvincularse de la categoría y cabe ostentar una y devengar las retribuciones propias de otra. En cambio no tiene sentido que el trabajador sea encuadrado en una categoría y que su haz de derechos y obligaciones en cuanto a la clase, tiempo y forma de prestación de su trabajo se rijan por criterios normativos y usuales correspondientes a otra. Tampoco tiene sentido que en la plantilla de la empresa un trabajador cubra plaza en una categoría cuyos trabajos no realiza. Lo lógico es que si se le atribuyen permanentemente funciones de inferior categoría provoque una vacante en la sustentada hasta entonces. En base a estas razones entendemos que incluso cuando en la norma legal o contractual aplicable leamos que el desempeño de funciones inferiores por disminución de capacidad se realizará respetando la categoría debe interpretarse que la movilidad no afectará a la retribución. En este caso resultaría irrelevante que por consideración al trabajador se le siguiera atribuyendo nominalmente la anterior categoría, siempre que no tuviera más efectos que los tributivos. Otra interpretación nos llevaría a resultados absurdos, por ejemplo que quien pasa a desempeñar funciones de vigilante nocturno pretendiera el mismo horario que el grupo de personal de su categoría anterior, que a efectos de cubrir porcentajes obligatorios en la plantilla se le considerase incluido en la categoría cuyos cometidos no realiza o que en caso de cese se le exigiera el plazo de preaviso de la misma (58).

Cuando se produce una adscripción a puesto de inferior categoría por merma de facultades más importante que determinar si conlleva una efectiva reclasificación resulta investigar las escuelas económicas de la movilidad. A este respecto el Decreto de 30 de abril de 1.970 sobre trabajadores de edad madura reconoce el respeto a la categoría y a la retribución del trabajador. La Orden de 9 de mayo-

(58) Las disposiciones de carácter general aplicables al cambio de puesto de trabajo sustentan criterios distintos. Mientras que el derecho de 30-4-70 entiende que los trabajadores conservarán su categoría, la Orden de 9-5-62 prevé la asignación de una nueva categoría. Extrañamente RODRIGUEZ SANTOS, J.B. "Comentarios ..." cit. pág. 88, sostiene que el trabajador afectado por esta última disposición, es decir el enfermo profesional, sigue ostentando su primitiva categoría profesional si bien sólo "de iure", ya que "de facto" desempeñará el cometido de una categoría distinta.

de 1.962, art. 45, reconoce al enfermo profesional el derecho a percibir el mismo salario que venía percibiendo, excepto las retribuciones ligadas directamente a la producción que fueran exclusivas del puesto de procedencia. Según el mismo artículo en circunstancias económicas especiales para la empresa y a solicitud de esta, la Delegación de Trabajo podrá autorizar la reducción del salario. RODRIGUEZ SANTOS, J.B. advierte que el procedimiento para acordar la reducción debe ser establecido con carácter general para modificación de condiciones de trabajo (59). Las Ordenanzas Laborales no mantienen criterios uniformes. Son bastantes las que omiten cualquier referencia al tema. Entre las que lo abordan sólo las de HOSTELERIA, art. 27 y COMERCIO, art. 41, otorgan derecho a mantener el salario, si bien no aclaran si se refieren a todos los posibles conceptos retribuidos. Las de CARNICAS, art. 78, CONSTRUCCION, art. 113 y QUIMICAS, art. 38, determinan el salario que se acomodará al nuevo puesto. Un tercer grupo de Ordenanzas, constituido por las de ACEITE, art. 30, SIDEROMETALURGICA, art. 25 y TRANSPORTES, art. 56, adoptan soluciones intermedias.

Por nuestra parte entendemos que un tratamiento razonable del problema, requiere enfocarlo desde la dimensión de las causas que han originado la incapacidad para el trabajo.

— En ocasiones la incapacidad para seguir prestando un trabajo ha tenido origen en la prestación misma, como se evidencia en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (60). También puede rastrearse el mismo origen en el deterioro de facultades por el transcurso del tiempo e incluso en algunas enfermedades no profesionales. Puede afirmarse que si algunos trabajadores al alcanzar la edad madura se sienten imposibilitados de continuar realizando su trabajo habitual es debido a que precisamente este trabajo especialmente duro, ha contribuido poderosamente a menguar sus fuerzas. Bajo otro punto de vista no cabe omitir que la mayoría de los trabajadores son técnicamente susceptibles de realización más cómoda siempre que la empresa realice las adecuadas inversiones. Nos desviaríamos notoriamente de la línea trazada a nuestra investigación matizando y completando las anteriores afirmaciones y analizando los aspectos de la responsabilidad en que puede incurrir el empresario que no adopta medidas eficaces para impedir los hechos productores de las incapacidades y el de los límites que la situación económica impone a un razonable deber de protección. Lo impor-

(59) "Comentarios ..." cit. pág. 89.

(60) El texto refundido de la Ley de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1.974, incluye las definiciones siguientes: "Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena" y "se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado". (arts. 84 y 85 respectivamente).

tante en nuestro razonamiento es la constatación de que no puede considerarse -- producidas por causas ajenas a la empresa cualquier incapacidad sobrevenida como a consecuencias inmediata o mediata del trabajo prestado a la misma al mar -- ger de cualquier referencia a la culpa o negligencia (61).

— Cuando no se dan los presupuestos aludidos en el apartado anterior, la incapacidad debe considerarse ajena al empleador y, ya se vea forzado a ello o acceda de buen grado, no existe apoyo legal ni ético para constreñirlo a ocupar un puesto de trabajo con una persona que le suponga un un incremento de coste adicional.

Por último si el trabajador no colabora en la adopción de medidas tendentes a evitar la atribución de tareas inferiores (negativa a tratamientos médicos o quirúrgicos, negativa o notorio desinterés por realizar cursos de capacitación— rechazo de un traslado que no ocasione especiales molestias, sobre todo si es -- dentro de la misma localidad, etc.) no se justifica el cargar sobre el empresario los efectos de la conducta del trabajador y entendemos procedente la asignación de la retribución de la categoría inferior incluso concurriendo las cir— cunstancias que permiten calificar la incapacidad como sobrevenida por causas -- relacionadas con la empresa.

(61) Interesantes reflexiones sobre la delimitación de lo "posible" en la -- adopción de medidas de seguridad e higiene por parte de el pueden consultarse -- en FERNANDEZ MARCOS, L. "La Seguridad e higiene en el trabajo como obligación -- contractual y como deber público" Madrid, 1.975, pág. 101.

La clasificación del trabajador dentro de una categoría predetermina una parte de sus derechos y obligaciones, tanto de los que podemos considerar básicos, como de otros muchos derivados y accesorios (1). Incluso extiende su influencia fuera de los límites de la relación laboral. La Sociología ha puesto de manifiesto insistentemente la trascendencia de la clasificación profesional como índice y fuente de prestigio social (2). Se ha destacado cómo la valoración social de la categoría profesional es todavía más fuerte que la limitada al ámbito interno de la empresa y cómo en el seno de la empresa la realidad fáctica de la división por categorías se sobrepone a los intentos de amularla por medio de normas. GIUGNI después de contrastar los criterios del derecho comparado en cuanto a la clásica distinción entre obreros y empleados, pudo constatar que en aquellos países donde excepcionalmente se ha suprimido la diferenciación jurídica, no se ha cancelado del todo la diferencia social (3). Una manifestación de la aceptación por parte del Derecho Laboral del diferente status social que corresponde a la diversidad de categorías, se encuentra en el dato de la fijación de dietas de distinta cuantía en función de la categoría, extremo este que será desarrollado en su momento.

España es precisamente un país donde las diferencias entre obreros, empleados y otros grupos de similar referencia caracterizadora no son muy marcados. En otros países alcanzan cotas más elevadas. La observación de las mismas ha hecho escribir a CAMERLYNCK y LYON-CAEN que en ninguna otra rama del Derecho es tan ilusorio el mito de un Derecho común. En Francia los convenios colectivos incluyen estatutos particulares para los distintos grupos profesionales, mediante el recurso a cláusulas y anexos (4). El Derecho belga aplica fuentes jurídicas independientes a trabajadores y empleados y distingue entre contrato de trabajo y de empleo (5).

(1) ALONSO OLEA, M. "Derecho del Trabajo" ed. Madrid, 1.976, pág. 175.

"De la cualificación con que se contrata a un trabajador y en virtud de la cual se le clasifica profesionalmente dependen sus obligaciones básicas (la prestación o trabajo concreto que se le exige) y sus derechos básicos (en cuanto que el salario depende en gran medida del tipo de trabajo)". Alusiones a las amplias e intensas repercusiones de la clasificación profesional sobre toda la vida del contrato laboral pueden citarse en cantidad abundante. Así HERRERO, B. "Problemas jurídicos que plantea la categoría en el ordenamiento laboral español", Rev. de D. del T., 1.954, n.º 4, pág. 68; RODRIGUEZ PINERO, M. "Problemas del rendimiento y clasificación profesional, paros encubiertos y crisis tecnológicas" (Coloquio sobre movimientos migratorios interiores y exteriores. Su relación con los desarrollos tecnológicos y con los programas de formación profesional en España y en USA". Madrid, 1.964, pág. 27.

(2)

BORRAJO DACRUZ, E. "Introducción al Derecho Español del Trabajo", 4ª ed., Madrid - 1.975, pág. 23.

(3) "Le categorie dei prestatori di lavoro: panorama comparativo", en Rev. Trm. dir. proc. civ. 1.966, pág. 844

(4) "Derecho del Trabajo", traducción española, Madrid 1.974, págs. 22 y 433.

(5) GAMILLSCHE en artículo sobre "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" en "Marxismo y Democracia" Derecho 1, Madrid, 1.975, pág. 97

En Italia la distinción establece una profunda diseción en la normativa laboral-
(6).

Sin insistir en las repercusiones sociológicas de la clasificación profesional vamos a estudiar separadamente y con la debida amplitud los efectos sobre la relación laboral, especialmente la prestación de trabajo y la remuneración, sobre la seguridad social y sobre la sindicación.

1. SOBRE EL TRABAJO EXIGIBLE

Los elementos de la categoría profesional son la función encomendada y el grado de perfección con que se realiza. Ambos se reflejan en todas las categorías, bien sea por su propia definición o en su consideración conjunta con el resto de las que se aplican en la empresa, y a través de ellos se realiza la delimitación-exigible, configurando dos importantes garantías laborales cuyo estudio abordaremos, considerando si el trabajador sólo se le pueden encomendar las funciones expresamente recogidas en su categoría profesional y si el rendimiento exigible se encuentra ligado al grado de perfección inherente a la misma. Por otra parte el respeto a la clasificación profesional no puede oscurecer la realidad del acentuado dinamismo que caracteriza a la empresa y que proviene de los cambios tecnológicos, la rotación del personal, la adaptación a las oscilaciones del mercado y de otros muchos factores. Se hace necesario, por tanto, precisar en qué medida y de qué manera la categoría profesional es susceptible de acomodación a las necesidades organizativas de la empresa.

1.1. LA DELIMITACION DE LA PRESTACION A TRAVES DE LA CATEGORIA

La doctrina ha puesto de manifiesto que la determinación de la prestación se realiza a través de una doble vía, la cualitativa y la cuantitativa (6-A). Ambos aspectos, sin embargo, señala GIUGNI, "no pueden ser presentados, como ocurre de costumbre, en una relación de contraposición o de exclusión recíproca" (6-B). Lo cierto es que la clasificación profesional repercute intensamente en ambos. El que constituye nota básica en la delimitación cualitativa de la prestación ha sido recalcado repetidamente, pero no puede olvidarse que así mismo repercute en la delimitación cuantitativa. Las dos afirmaciones serán desarrolladas a continuación.

(6) La bibliografía es casi interminable. Un elenco bastante completo puede consultarse en RAME "Le qualifiche dei lavoratori dell' industria secondo gli orientamenti della giurisprudenza", Milan, 1.970, págs. 339 s.

(6-A) PALOMEQUE LOPEZ, M.C. "El supuesto base ..." cit. pág. 81

(6-B) "Mansioni e qualifica ..." cit. pág. 124.

La categoría profesional persigue la determinación de la prestación exigible, de donde podría deducirse que todos los trabajos incluidos en la categoría que os tenta el trabajador le son exigibles y que contrariamente no está obligado a reali-zar los cometidos que no aparezcan relacionados en aquella. Ambas deducciones son inexactas. Por una parte el derecho a la inmutabilidad de las prestaciones puede generar importantes limitaciones a la realización de las funciones habituales, coincidan o no con las contratadas, aún cuando correspondan a la misma categoría, según se verá cuando abordemos el estudio del denominado poder de variación del em-presario. Por otra parte el trabajo exigible de manera habitual tampoco coincide siempre con el contenido de la categoría por dos razones básicas: la primera es la prelación concedida a la voluntad consensual de las partes sobre los esquemas legales de las categorías en la fijación de su contenido; la segunda, la forzosa indeterminación inherente a todas o gran parte, al menos, de las categorías.

Los problemas derivados de un cambio de funciones son abordados en próximos apartados. En este momento nos limitamos a una consideración estática del carácter abierto o cerrado de la descripción de funciones y de la exigibilidad de la totalidad de dichas funciones.

La clasificación profesional es el instrumento técnico a través del cual se in-dividualiza la prestación exigible al trabajador. En España todos los trabajadores deben ser clasificados necesariamente de acuerdo con el esquema de categorías que les sea legalmente aplicable, pero en ningún sitio se dice que la delimitación de las prestaciones concertadas deba coincidir exactamente con la de dichas catego-rias. La voluntad de las partes del contrato de trabajo puede plasmarse mediante la referencia a una categoría profesional o mediante una elaboración personal. Lo único que no pueden hacer es acordar la asignación de una categoría inexistente en la normativa aplicable o inferior a la correspondiente a las funciones contratadas. Por tanto la contratación y realización de unas funciones tiene la virtualidad, aun cuando no sea buscada e incluso sea rechazada por las partes, de encuadrar al trabajador en una categoría preestablecida, si bien los efectos de esta categoría sólo alcanzarán al trabajador en lo que supongan de garantía mínima de la relación laboral, pero por encima de este nivel serán operantes únicamente a falta de una constancia expresa de la voluntad negociadora (7).

El juego de la voluntad de las partes en relación con el contenido de las categorías puede manifestarse mediante recortes o ampliaciones de dicho contenido. De las varias funciones que contiene una categoría el trabajador puede ser contratado para ejecutar sólo una de ellas. Es por ejemplo, el caso de un administrativo contratado para confeccionar nóminas de salarios. También podría ser contratado para realizar las funciones de una categoría en general con expresa exclusión de al-guna de ellas. La fórmula, nada usual por cierto, aunque de incuestionable legalidad, podría ser similar a la de el trabajador x prestará los servicios de oficial-

de mantenimiento, excluidos los relacionados con la electricidad. Por otra parte, también pueden contratarse funciones pertenecientes a distintas categorías, supuesto contemplado en la generalidad de las Reglamentaciones no desde la dimensión de su posibilidad, que se da por supuesto, sino como problema de determinación de la categoría aplicable.

Nos parece bastante clara la conclusión de que si por vía consensual se ha modificado el contenido de la categoría aplicable al trabajador, no se le podrán exigir todas las funciones de dicha categoría, sino solamente las concertadas, bien entendido que la ampliación o la reducción del ámbito de la categoría se ha podido efectuar tácitamente por la realización continuada de una mismas tareas claramente individualizadas. Contrariamente si la determinación de las funciones se ha realizado mediante una referencia a la categoría, el empresario puede exigir todas las funciones propias de la misma.

Pero el problema más frecuente que surge en el ámbito de las relaciones cotidianas estriba en la discrepancia sobre si una tarea no relacionada en la definición de la categoría puede ser exigida al trabajador, ya que las categorías normalmente incluyen una descripción de la ocupación no exhaustiva, porque resulta imposible abarcar todas las posibles tareas, de donde se desprende que un trabajador no puede rechazar la ejecución de una tarea por no estar descrita en su categoría. El principio general establecido en las Reglamentaciones es el de que el trabajador está obligado a realizar todos los cometidos que sean propios de su categoría, teniendo en cuenta que los mismos no se reducen a los enumerados en la definición: Este es el sentido de la fórmula utilizada por muchas Ordenanzas: "Son enunciados los distintos cometidos asignados a cada categoría o especialidad, pues todo empleado estará obligado a ejecutar cuantos trabajos le ordenen sus superiores dentro de los generales cometidos propios de su categoría profesional, sin menoscabo de su dignidad" (8). La declaración de si una tarea concreta está incluida en el ámbito de una determinada categoría constituye una cuestión de hecho que debe ser convenida en cada caso o sometida a la decisión de los órganos jurisdiccionales. Con independencia de las cuestiones contenciosas de carácter individual que puedan plantearse entre las partes del contrato y que deben ser resueltas necesariamente por los órganos de la Jurisdicción Laboral, es claro que la Dirección General de Trabajo puede por vía de interpretación y aclaración precisar el alcance del contenido de las categorías profesionales de las Reglamentaciones de Trabajo (9). Con un carácter orientativo pueden señalarse los siguientes criterios:

a) Criterio de la complementariedad. La primera regla que debe observarse es la de que el trabajador está obligado a ejecutar las tareas accesorias necesarias para poder llevar a cabo las que pudiéramos denominar principales y asimismo todas aquellas que forman una unidad inseparable con las que constituyen el núcleo básico de su actividad. (9bis)

b) Criterio de individualización de las tareas. Cuando las tareas accesorias pertenecan a otra categoría distinta o presenten un perfil claramente delimitado que las haga aptas para constituir el objeto específico de la prestación de otro trabajador, deberá tenerse en cuenta si la dimensión de la empresa permite la creación de un puesto independiente. Las Ordenanzas subordinan la exención de tener previstas todas las categorías a que las necesidades y volumen de la empresa no la requieran (10).

c) Criterio temporal. Las tareas complementarias han de ocupar periodos de tiempo breves en relación con la jornada del trabajador. Este criterio hace referencia al mismo punto del volumen de la empresa visto desde la vertiente del trabajador interesado y no desde las necesidades globales de la plantilla. Evidentemente si las tareas no tienen las suficientes entidades para constituir una ocupación específica podrán ser desarrolladas con una aplicación marginal.

(7) La prevalencia de la voluntad contractual de la parte sobre el contenido de la categoría ha sido destacada por VILLA, L.E. DE LA "Esquemas del Derecho del trabajo" Curso 1.972, pág. 315, que centra el tema con gran precisión". 1) - Inicialmente el empleador y el trabajador pueden concertar la prestación libre de todo trabajo en la medida en que no se atente a la ley, moral u orden público; 2) sin embargo si un trabajo específico no se determina, si el empleador se limita a calificar y clasificar al trabajador asignándole una categoría, sólo podrá exigirle posteriormente la prestación de las funciones de la misma".

(8) La cita está tomada de la Ordenanza de COMERCIO, art. 6º. En otras varias se repite con idénticas palabras o se modifica ligeramente la literalidad de la redacción. La Ordenanza de TRANSPORTES, art. 25, enuncia el mismo principio partiendo no de las obligaciones del trabajador, sino del contenido de la categoría: "El contenido de las definiciones ... pretende tan sólo recoger los rasgos fundamentales de las categorías definidas, sin agotar las funciones asignadas a cada una de ellas, que en todo caso serán las derivadas de las peculiaridades de la industria".

(9) Res. 26-3-69 (BOMT, Abril 69, R. 4 117) sobre obligaciones de los Ayudantes de Caja en Banca en cuanto al manejo de moneda extranjera. STS, CA. 22-11-67 (R. 3998), "quedando incluido indudablemente entre estos etcéteras, la tarea que fué encomendada".

(10) Ver por ejemplo la Ordenanza de QUIMICAS, art. 11, "Las categorías específicas anteriormente tiene carácter enunciativo y no implican la obligación de tener previstas todas ellas, si la necesidad y el volumen de la industria no lo requiere". Similares expresiones en MADERA, art. 59, TRANSPORTES, art. 6.

1.1.2. RENDIMIENTO EXIGIBLE DE ACUERDO CON LA CATEGORIA.

La delimitación cuantitativa se realiza a través de la fijación del tiempo de prestación del trabajo, pero no ello no constituye "sino una aproximación hasta el tema". La fijación de una remuneración por rendimiento tampoco es instrumento válido, por lo que se impone una remisión a la costumbre. La costumbre es la profesional y local, señala ALONSO OLEA, quien identifica esta costumbre con "los usos y costumbres de cada localidad en la especie y categoría de los servicios y obras de que se trate" (LCT, art. 9º, 3º) (10-A), a que se refiere el art. 9º, 3º de la Ley de Contrato de Trabajo. El impecable razonamiento nos ha conducido a la categoría profesional como elemento de fijación del rendimiento del trabajador.

La doctrina ha elaborado el concepto de deber de rendimiento o diligencia (10-B). Este deber se apoya en el art. 60 de la Ley de Contrato de Trabajo, - el cual a su vez señala que la "medida de esta diligencia estará determinada por la especialidad habitual del trabajo". Entendemos que la especialidad habitual del trabajo viene delimitada por la clasificación profesional y por ello compartimos plenamente la afirmación de BAYON CHACON, G. y PEREZ BOTIJA, E. de que "el trabajador procurará el rendimiento mínimo, propio de su categoría y especialización profesional" (10-C).

La correlación existentes entre categoría y "quantum" de la prestación ha sido recogida de alguna forma en las Reglamentaciones del Trabajo. Unas veces en la definición de categoría se señala expresamente que deben realizarse las funciones con el adecuado rendimiento, aunque no se precise cuál sea este - (10-D). Otras se señala incluso el nivel de rendimiento que corresponde a cada una de las categorías. El ejemplo más claro es el de los trabajos de mecanografía, según puede comprobarse prácticamente en todas las Reglamentaciones. A veces por último, se parte de la idea de que los trabajos que comprenden el contenido de la categoría pueden ser realizados casi por cualquiera y que lo que caracteriza a los poseedores de las categorías correspondientes no es el saber hacerlos sino el saber hacerlos con la rapidez necesaria para alcanzar un rendimiento correcto (10-E).

(10-A) "Introducción del Derecho de Trabajo", 2ª ed., Madrid 1.968, págs. 188 s. y "Derecho del Trabajo" cit. pág. 171.

(10-B) Ambos se identifican unas veces (BAYON CHACON, G. y PEREZ-BOTIJA, E. "Manual del Derecho del Trabajo, 6ª ed. Madrid 1.966, pág. 522) y otras se configuran independientemente (ALONSO GARCIA, M. "Curso del Derecho del Trabajo" 5ª ed. Barcelona 1.975, págs. 483 y 488).

(10-C) "Manual ..." cit. pág. 523.

(10-D) Por ejemplo, CARNICAS, art. 15, para los oficiales de oficios propios de la industria.

(10-E) Así la Ordenanza SIDEROMETALURGICA en relación con los especialistas (Anexo 2).

1.2. CLASIFICACION PROFESIONAL Y IUS VARIANDI

La empresa por su propia naturaleza y por los fines que persigue es lo más alejado que pueda imaginarse a un ente estático. Su inmersión en un mundo esencialmente dinámico, el servicio a un mercado sujeto a continuos cambios y la necesaria utilización de unos medios de producción en incesante evolución convierte en la función empresarial en una tarea de renovación ininterrumpida. El dinamismo afecta de lleno al elemento humano cuya actividad utiliza y coordina el empresario. Y es este elemento humano precisamente el que ofrece una menor elasticidad al cambio. Un producto deja de tener aceptación en el mercado se cambia por otro. Si la demanda se intensifica o se contrae en un momento dado, las maquinas pueden mantenerse en funcionamiento durante mayor o menor número de horas. Pero no son tan fáciles las decisiones empresariales en relación con los trabajadores, en quienes concurren factores físicos (resistencia corporal, necesidad de atender a sus necesidades vitales sin interrupción) y morales (el respeto a su dignidad y consideración humana) que impiden que sea manipulado como mera herramienta de trabajo. Con base en la dignidad del trabajador, pero sobre todo en la voluntad concordada de las partes del contrato, la clasificación profesional se muestra como elemento protector del trabajador contra el cambio. He aquí uno de los aspectos en que más intensamente enfrentados aparecen las necesidades organizativas de la empresa y los derechos del trabajador. La categoría profesional entraña una concreción legal de las tareas asignadas a los trabajadores lo cual supone una garantía frente a posibles abusos, garantía que constituye precisamente fundamentos de la clasificación profesional, engarzándose en la propia naturaleza libre del contrato de trabajo. Al mismo tiempo no puede soslayarse que coarta las facultades organizativas que se le deben reconocer y de hecho se le reconocen al empresario para que realice con éxito su función directiva. Una total discrecionalidad en la distribución de tareas dentro de la empresa se presta a extralimitaciones de casi imposible control y por otra parte un encasillamiento rígido de las tareas de los trabajadores dentro de moldes prefijados provoca la paralización de la empresa tanto más pronto cuanto más rápidamente evoluciona la tecnología.

Una primera aproximación a la solución del problema exige diferenciar los cambios definitivos que afectan a la propia categoría profesional de aquellos otros temporales que pueden resolverse mediante una transitoria desvinculación entre la categoría y algunos de sus efectos (15). La sustitución definitiva de una función por otra correspondiente a una categoría diferente entraña una auténtica novación que sólo puede llevarse a cabo mediante un acuerdo o con el apoyo de un imperativo legal. En cambio, el encargo de tareas distintas con carácter circunstancial o en medida tan reducida que no afecta al núcleo básico de las que habitualmente se realizan no parece que pueda supeditarse al consentimiento de la otra parte o a un complicado procedimiento administrativo. La realidad cambiante de la empresa hace que frecuentemente resulte necesaria la ejecución de tareas no habituales o que no

MODIFICACION DE LA CATEGORIA PROFESIONAL.-

La categoría profesional nace simultáneamente con el contrato/ de trabajo, ya que éste no puede existir si no se encuentra delimitada la/ prestación del trabajo y esta delimitación se realiza en nuestro derecho a través de la categoría profesional que necesariamente debe ser asignada al trabajador. Durante toda su vida profesional el trabajador ostenta una categoría que le sirve de garantía de concreción de sus derechos y obligaciones. Puede en este sentido hablarse de un derecho del trabajador a la categoría profesional (1). Ahora bien para que la clasificación otorgada cumpla esta misión requiere gozar de estabilidad, pues mal puede servir de referencia a situaciones cambiantes un dato que está asimismo sometido a oscilaciones. Lo cual no quiere decir que la categoría sea inamovible. En la práctica observamos más bien el fenómeno contrario. Con justeza se ha señalado que "normalmente el trabajador difícilmente se jubila con la misma categoría profesional con que ingresa en la empresa, por lo menos en los países altamente industrializados" (2). La modificación de la categoría en muchos casos está recogida en la norma y puede predecirse en el momento mismo de ingresar el trabajador en la empresa. Ello aparece muy claro en aquellos supuestos en que el mero hecho de alcanzar una edad o de transcurrir/ un período de servicios determina la modificación de la categoría. Otras veces no puede predecirse con exactitud desde el comienzo del contrato -- cuándo se producirá, pero las partes prevén que llegue a producirse. Quien ingresa como oficial de tercera, por ejemplo, sin duda espera alcanzar los grados superiores. A este respecto la plantilla y el escalafón cumplen la/ importante función de ofrecer información sobre las expectativas de cambios en la empresa.

(1) RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Problemas de rendimiento y clasificación profesional, peros encubiertos y crisis tecnológicas" "(Movimientos migratorios interiores y exteriores. Su relación con los desarrollos tecnológicos y -- con los programas de formación profesional en España y en USA)" Madrid, -- 1.964, pág.22 "Se reconoce al trabajador un derecho a "su" clasificación -- como a su derecho al empleo".

(2) CABRERA BAZAN, J. "La novación ilícita del contrato de trabajo" Sevilla, 1.963, pág. 128. Análoga observación en GIUGNI "Mansioni e qualifiche dei laboratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali", Milán 1.975, pág.157.

Con ser frecuente la modificación de la categoría profesional/ lo es mucho más la simple mutación de alguno de los efectos o circunstan— cias derivados de aquella. Las categorías profesionales sólo pueden alte— rarse por voluntad concorde de las partes o por aplicación de normas preci— sas que con carácter excepcional permiten cambios basados en motivos taxa— tivamente señalados, pero sí está permitido al empresario el ejercicio de/ facultades que, respetando la categoría misma, la desvinculen de alguno de sus efectos cuando se justifiquen razones de peso de carácter organizati— vo. Estas facultades corresponden al denominado poder de variación o ius - variandi. Por razones de método el presente capítulo se limita al estudio/ de las modificaciones de categoría que comportan un carácter definitivo, - mientras que las repercusiones del ius variandi sobre la movilidad de los/ trabajadores son examinadas al tratar de los efectos de la clasificación - sobre el trabajo exigible y sobre la remuneración.

1. LOS ASCENSOS. CONCEPTO.

El ascenso consiste en la reclasificación del trabajador en una categoría superior a la que tenía atribuida. Puede producirse dentro de una misma ocupación o mediante un cambio ocupacional. Por ejemplo el Oficial - administrativo que asciende a jefe administrativo o un peón que asciende/ a conductor de camión. El primer supuesto se enmarca en el proceso lógico/ inherente a la carrera profesional del trabajador en cuanto que está prevista como un escalón de esta. El segundo, donde el ascenso implica no sólo— mente una alteración del puesto de trabajo sino de la ocupación misma, equi— vale más bien a la celebración de un nuevo contrato por más que la caracté— rística resistencia y tendencia a la supervivencia de este tipo de contra— tos hagan que las normas impidan considerar el ascenso como la ruptura de/ un contrato y el nacimiento de otro nuevo. Podríamos denominar ascenso proprio aquel que supone una mejor calidad y perfección del trabajo sin que éste varíe sustancialmente, e impropio el que se basa en la prestación de un trabajo diferente. Se justifica la distinción en el hecho de que la reali— dad misma del acceso a un status superior es fácilmente constatable en el/ ascenso propio, mientras que muchas veces resulta complicado en el impro— pio determinar si la movilidad del trabajador ha sido ascendente o meramen— te horizontal. El problema ha sido detectado finamente por VALDES DAL-RE:/ "Las usuales clasificaciones contenidas en las disposiciones reglamenta— rias y en menor medida convencionales, el ámbito personal general a que se extiende el poder de variación unilateral del empresario, la casi total ausencia de límites que eviten alteraciones de naturaleza intergrupar o in— tersubgrupar y la falta de criterios para la asimilación de categorías en— tre grupos, subgrupos y oficios en caso de cambio de uno a otro ocasionan/ el que no siempre sea fácil calificar el acto concreto como una mutación - vertical ascendente o descendente" (6)

La naturaleza novatoria de los ascensos es clara y así ha sido reconocida por la doctrina (7).

(6) VALDES DAL-RE, F. "La ruptura del principio..." cit. pág. 17

(7) RIVERO LAMAS, Juan "La novación del ..." p. 117. CABRERA BAZAN, J. ("La novación ilícita ..." p. 129 y 130, el ascenso dentro del mismo grupo profesional constituye una novación del contrato, mientras que los ascen— sos de grupo a grupo comportan una extinción del contrato o una novación - extintiva."

Sin embargo, nuestro derecho positivo tiene preceptos que no encajan dentro del marco de esta tesis. Recordemos, por ejemplo, la existencia de categorías idénticas cuya diferenciación radica en una presunción iuris et de iure de que la concurrencia de que circunstancias subjetivas (edad o antigüedad) u objetivas (número de trabajadores, dimensión de la empresa) determina una mejor calidad en la ejecución de la función. (8) — Por otra parte los ascensos en general, según pacífica doctrina, pueden ser rechazados por el trabajador, pero no por el empresario, quien puede ser obligado a su aceptación por una decisión heterónoma (9) . Ante estos/hechos no puede afirmarse que los ascensos se produzcan siempre por una aceptación recíproca de las partes, sin matizar esta expresión. Creemos que la solución razonable de esta cuestión debe retrotraer la consideración de la voluntad contratante al momento de iniciarse la vida del contrato. Entonces el empleador y el trabajador conciertan la prestación de servicios teniendo en cuenta no sólomente los que deban prestarse inmediatamente y la categoría correspondiente a los mismos, sino también aquellos que vienen unidos inexorablemente al transcurso del tiempo, bien sea por imperativo legal o por el normal desenvolvimeinto de la vida del contrato/cuyo dinamismo no puede ser desconocido, y menos rechazado, por las partes contratantes. La índole del trabajo, las condiciones personales del trabajador y las características de la empresa indican bastante significativamente desde el nacimiento del contrato cuál va a ser el desarrollo de su vida normal. Se impone, pues, la diferenciación ya aludida entre cambios dentro y fuera de la misma ocupación. El oficial de tercera administrativo o cerrajero que asciende a oficial de segunda cambia de categoría. Sin embargo, es lícito entender que este cambio estaba previsto en el acuerdo inicial de voluntades como un escalón superior en el desenvolvimiento natural del contrato. Si tenemos en cuenta además la imprecisión con que casi/siempre se definen las categorías que se diferencian sólomente por el grado de perfección en la ejecución del trabajo encontraremos un nuevo argumento a favor de nuestra postura. Consiguientemente entendemos que esta clase de ascensos son obligatorios para ambas partes contratantes. Contrariamente aquellos que suponen el desempeño de funciones distintas o las mismas con algún condicionamiento que las modifica esencialmente, como podría ser el ejercicio de la facultad de mando para quien no la ostentara con anterioridad, requieren la conformidad de las partes interesadas en el momento de producirse el ascenso, ya que no pudo preverse con anterioridad.

(8) Véase la Ordenanza de COMERCIO, art. 25, El ayudante de comercio asciende a la categoría de dependiente por el mero hecho de cumplir veintidós años. Consecuencias prácticas de estos ascensos automáticos son la de dejar abierta la vía a reclamaciones salariales o la de que la Inspección de Trabajo pueda formular Actas por diferencias en el pago de cuotas desde la fecha en que debe producirse el ascenso.

(9) Excepto en el sistema de libre designación, el empresario no puede rechazar un ascenso cuando concurren los requisitos previstos por la norma.

La tesis que sustentamos no se opone al carácter novatorio de/ los ascensos por cuanto en todo caso concurre la voluntad concorde de las/ partes del contrato en orden a la aceptación de las modificaciones. Lo que ocurre es que esta voluntad puede manifestarse para cada acto de ascenso/ de una manera concreta o genéricamente para los ascensos implícitos en - la carrera profesional del trabajador. Insistiendo en esta dirección con- viene precisar que cuando el ascenso es impuesto por la Autoridad laboral/ como reconocimiento de las funciones de facto de superior categoría reali- zadas por el trabajador, no está ausente la voluntad del empresario, quien voluntariamente encomendó al trabajador las funciones cuya realización lle- va aparejado el ascenso a la superior categoría. El empresario no se niega a la modificación del objeto de la prestación del trabajador sino a la mo- dificación de sus prestaciones correlativas. Es obvio por ello que el tra- bajador sólo puede hacer valer las funciones de superior categoría que le/ han sido encomendadas y no las que pudiera realizar espontáneamente.

1.1. EL ASCENSO COMO DERECHO Y COMO OBLIGACION

1.1.1. EL DERECHO AL ASCENSO

El derecho al ascenso presenta tres dimensiones que correspon- den a tres grados de actualización del mismo. Son las siguientes:

- El trabajador que cumple todos los requisitos para ser clasi- ficado en una categoría superior ostenta un evidente derecho al ascenso cu- yo reconocimiento puede hacerse valer ante los organismos competentes. Es/ el caso de quien realiza funciones de categoría superior y que además por/ sus condiciones personales y en aplicación de las normas sobre ascensos le corresponde alcanzar dicha categoría.

- En otras ocasiones aparece que un puesto vacante en la plan- tilla. ha de ser ocupado, sin que pueda precisarse a quien entre varios co- rresponde el ascenso en tanto no se celebren las pruebas pertinentes o el/ empresario haga uso de su facultad de elección. Todos los trabajadores ador- nados de los requisitos para el ascenso ostentan un derecho que debe ser - protegido.

- Por último cabe plantearse si el trabajador que ingresa en - una empresa agota su derecho a la clasificación profesional con la inicial- mente otorgada o mantiene un derecho expectante a ulteriores reclasifica- ciones cuya posibilidad no puede serle cercenada.

Las dos primeras acepciones del derecho al ascenso son trata- das ampliamente en otros lugares. En este momento de nuestra investigación es la tercera la que requiere a una consideración más amplia.

El trabajador posee un incuestionable derecho a obtener una - formación profesional superior y a que se le faciliten los medios para - ello. Las recientes disposiciones de la Ley de Relaciones Laborales sobre/

promoción y formación profesional permanente se inscriben en esta línea — (10). Pero si el trabajador no posee una mínima garantía de que los conocimientos que vaya adquiriendo o incluso los que ya ha adquirido, pero no — ejerce, porque se ha visto obligado a contratar sus servicios por debajo de su calificación profesional, no van a ser reconocidos en el futuro mediante los ascensos que correspondan, su interés por el trabajo se torna — en desidia y frustración. En nuestro derecho no se encuentra una formulación genérica y expresa del derecho del trabajador al desarrollo de su carrera profesional mediante unos ascensos garantizados, sin embargo podemos rastrear datos suficientes para afirmar que el legislador ha intuido la — cuestión y podemos citar diversos preceptos que configuran una elemental — protección de la carrera profesional, de tal suerte que se reconoce al trabajador un derecho expectante al ascenso. Son los siguientes:

a) El deber de ocupación efectiva establecido en el art. 75 de la LCT puede ligarse al de tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana, a que se refiere el número 6º del mismo artículo, pues el dejar a un trabajador inactivo entraña en muchos casos un atentado a su propia dignidad humana por lo que supone de menosprecio y de humillación ante los compañeros y quizás ante el público (11). Sin embargo, en la Ley el deber de ocupación efectiva se configura de manera muy clara como — protector de la formación profesional, no sólo de la ya poseída sino de la que se puede ir acrecentando a través del tiempo mediante un ejercicio continuado. Es este el sentido incuestionable que debe darse al término "perfeccionamiento". Y lógicamente si se protege el perfeccionamiento del trabajador, se está protegiendo su derecho a ocupar puestos de superior categoría.

b) Elaboración de plantillas. La regulación de esta materia — abiertamente salvaguarda el derecho a posibles futuros ascensos. Cuando — las plantillas eran rígidas y no podían modificarse sino mediante un procedimiento administrativo, se trataba de proteger directamente el puesto de trabajo contra el despido e indirectamente contra el estancamiento de los trabajadores en las categorías inferiores, pues las vacantes producidas en las más elevadas debían ser cubiertas inmediatamente. Las más recientes — tendencias de liberalización de las plantillas han abandonado la protección directa del empleo y, sin embargo no han olvidado la dimensión protectora del derecho expectante al ascenso, ya que junto a la proclamación de la libertad de amortización de vacantes, generalizada en la casi totalidad de — Ordenanzas publicadas en los últimos años, se recalca el respeto a la promoción del personal.

(10) El artículo 9º establece la obligatoria concesión de permisos retribuidos para la asistencia a cursos de formación general y profesional.

c) El establecimiento de categorías de entrada constituye una fórmula para salvaguardar el derecho al ascenso de quienes ya prestan servicios en la empresa. Por ello lógicamente cuando no existen trabajadores/ con este derecho desaparece la limitación.

d) Las reglas sobre ascensos en general tienden a proteger la carrera profesional del trabajador de una manera muy abierta. Los ascensos automáticos por antigüedad constituyen la manifestación más elemental de la tendencia a proteger la promoción del trabajador, si bien se trata de una protección que da preferencia a la concesión de una ventaja al trabajador sobre el estímulo a una auténtica superación profesional. El sistema de concurso oposición de realización obligatoria estimula más el desarrollo de la formación del trabajador e incluso la libre decisión empresarial se conecta con la protección de la expectativa de ascenso de los trabajadores cuando se restringe al personal que ostenta determinadas categorías.

e) La inadmisión de la promoción automática por el mero desempeño de funciones de superior categoría, incluso transcurridos los periodos máximos fijados en algunas Reglamentaciones, es otra manifestación normativa de protección de los derechos expectantes al ascenso, ya que la contraposición de intereses del trabajador que realiza las funciones y de otros trabajadores con igual o mejor derecho a cubrir la vacante prevalecen los de estos últimos. En el mismo marco de respeto a la promoción objetiva de los trabajadores debe situarse la regla contenida en el art. 1º de la Orden de 29 de diciembre de 1.945 sobre reclamaciones de clasificación profesional cuando subordina la adquisición de la superior categoría al requisito de que el ascenso, según la Reglamentación aplicable, corresponda precisamente a quien realiza los trabajos de dicha categoría. No se trata de poner obstáculos a la promoción del trabajador, sino de encauzarla de manera que se propicie la carrera profesional de todos los trabajadores, evitando el perjuicio que pudiera sufrir un tercero con más derecho al ascenso que el propio reclamante.

(11) El carácter vejatorio de la negación de ocupación efectiva ha sido admitido frecuentemente por las Magistraturas de Trabajo al enjuiciar "admisiónes irregulares" alegadas en incidentes de no readmisión. ALONSO OLEA — cita supuestos de estas características en "Ejecución de sentencias de despido: el incidente de no readmisión", en Comunicación al 3er. Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Vol. II, Madrid, 1.970, pág. 1153. La doctrina no ha desarrollado suficientemente la virtualidad dignificadora de este precepto y ha llegado a defender, para nosotros incongruentemente, que "no es la remuneración del trabajador premio de la holganza, es justa paga de la ocupación donde se invierten las energías, pero si quien ha de abonarla prefiere hacerlo sin contraprestación no habrá inconveniente en ello" "BELLON GOMEZ, I." Regimen Laboral español", Madrid 1.945, pág. 217.

f) La prohibición, repetida en las Ordenanzas, de encomendar - trabajos de categoría inferior cuando se perjudique la formación profesional del trabajador trata de evitar que el ejercicio del ius variandi empresarial constituya un obstáculo en la marcha del trabajador hacia puestos - mejor valorados.

Como conclusión de los datos legales examinados podemos afirmar que no existe en nuestro derecho laboral base alguna para configurar - un derecho a la promoción basado en la simple posesión de la cualificación propia de la categoría superior, supeditándose al ascenso a la efectiva - realización de las funciones que comporta la misma, pero que sí encontramos manifestaciones suficientes del criterio del legislador favorable a la protección de la carrera profesional del trabajador. En la doctrina española ALONSO OJEA apunta la misma conclusión y cita al respecto el art. 75 de la Ley de Contrato de Trabajo. (12). Interesa recalcar este aspecto porque determinadas normas de imprecisa formulación cuando sean interpretadas, entendemos que deben serlo a la luz del principio de respeto al derecho expectante de los trabajadores al ascenso.

1.1.2. EL ASCENSO COMO OBLIGACION

El trabajador a quien corresponde un ascenso ¿puede ser obligado a aceptarlo o por el contrario su consentimiento constituye requisito - ineludible?. La cuestión no se reduce a una teórica disquisición sino que ofrece aplicaciones prácticas. Cabe que el trabajador se oponga al ascenso, bien sea porque la categoría configurada como más elevada en la jerarquía - normativa sea de dudosa valoración, bien sea porque algún trabajador, aún/ conceptuando la categoría como realmente superior, rehúya ostentarla por - los condicionamientos que conlleva.

En cuanto a la valoración de las categorías en sí mismas consideradas el criterio económico que aparece como el más objetivo resulta - sin duda ilustrativo, pero no siempre es medible y en muchos casos es insuficiente. Las dificultades de medición nacen de la complejidad de factores que intervienen en la retribución percibida por el trabajador, así la existencia o inexistencia de primas o de horas extraordinarias pueden conducir a resultados contradictorios en la correlación categoría-retribución. La - insuficiencia del criterio retributivo radica en que las categorías mejor/ retribuidas no siempre son las más apreciadas socialmente y la preferencia por la retribución o por la consideración social dependen de apreciaciones subjetivas.

(12) "Der cho del Trabajo" cit. pag. 176

Enfocada la estimación del ascenso desde los intereses del — trabajador en concreto, puede ocurrir que no lo desee porque el trabajo — de la categoría superior se realice en condiciones de ambiente, de tiempo o de lugar más duras; porque suponga enfrentamiento con los compañeros, — señaladamente cuando implica el ejercicio de funciones de mando; porque — no se sienta capaz de cargar con mayores responsabilidades o por cualquier otra razón que alargaría innecesariamente esta enumeración (13). CABRERA/BAZAN ha estudiado especialmente el perjuicio que entrañan los ascensos — cuando la antigüedad se computa en la categoría, ya que, mediante los ascensos, se evita la acumulación de períodos que originan el derecho al incremento de percepciones por antigüedad (14). Por último cabe realzar que la Ley de Relaciones Laborales, art. 13, quizás ha introducido una muy sólida motivación para rechazar los ascensos cuando se prevé una reducción/ de plantilla ya que determina que, juntamente con otros criterios de preferencia, los trabajadores " de mayor antigüedad en la misma categoría — profesional ... serán los últimos en el orden de los despidos". Y decimos que sólo quizás, porque tal vez nos encontramos ante una reducción desafortunada del texto legal si tenemos en cuenta que las normas anteriores vigentes establecían claramente que los despidos se llevarían a efecto dentro de cada categoría, pero considerando la antigüedad no en esta sino en la empresa, criterio mucho más razonable y que aunque obligue a forzar algo el sentido literal de la ley, debe ser defendido en una interpretación que tenga en cuenta la razón protectora de la misma y los antecedentes legales (15).

(13) Ha insistido en este aspecto de manera especial la doctrina italiana. Así PERSIANI "Prime osservazioni sulla ..." pág. 15; CONSTANZO "Statuto — dei lavoratori", Milán 1.974, pág. 78.

(14) "La novación ilícita ..." p. 138. La dura crítica que hace el autor al sistema de cómputo de la antigüedad en la categoría y no en la empresa ha — perdido actualidad. Las reglamentaciones que hemos seleccionado como más representativas todas adoptan el sistema de la antigüedad en la empresa.

(15) Consúltese el Decreto de 20-7-74, que modifica el art. 15 del D. 2-11-72 sobre política de empleo, así como este mismo artículo derogado y su antecedente la Orden de 14-11-61, art. 25.

La aclaración de la paradoja que supone el interés del trabajador en evitar un ascenso ha sido explicitada frecuentemente por la doctrina. Pero ha pasado desapercibida la paradoja del también posible interés del empresario por la promoción obligatoria del trabajador. Dejando de lado el interés bastardo de conseguir los fines que se han señalado como lógicos inconvenientes para el trabajador (situarle en una categoría jerárquicamente superior pero realmente inferior) caben motivaciones legítimas/basadas en principios de organización y economía. He aquí algunos supuestos por vía de ejemplo:

- Conveniencia de cubrir algunos puestos de responsabilidad, fácilmente comprensibles cuando implican manejo de fondos, con personas conocidas. La negativa al ascenso por parte de los trabajadores capacitados/forzará la contratación de personal de nuevo ingreso de moralidad no suficientemente constatada.

- Necesidad de amortizar vacantes en las categorías inferiores aprovechando las bajas que se produzcan en las superiores. Si se produce la vacante en una categoría superior que precisa ser cubierta y los de las inferiores en las que se aprecia exceso de plantilla declinan el ascenso, el empleador se verá obligado a admitir un nuevo trabajador.

- Aprovechamiento de la enseñanza impartida o de la experiencia adquirida por el personal de la empresa. Si el empresario prepara a un trabajador para un puesto superior que requiere especiales conocimientos y — cuando llega el momento del ascenso éste se niega, se comprende el perjuicio irrogado. Para que se produzca este perjuicio ni siquiera es necesario que se haya desarrollado un aprendizaje específico, Basta que el puesto de la inferior categoría constituya un estadio valioso en la adquisición de la experiencia precisa para desempeñar el de la superior por el contacto intenso entre quienes ocupan ambos.

Nuestro derecho positivo no resuelve expresamente el problema/ de la obligatoriedad de los ascensos. Por lo que, teniendo en cuenta los posibles intereses en juego, se hace preciso la interpretación de las normas o principios jurídicos aplicables. La solución debe considerar el principio de condición más beneficiosa que impide imponer al trabajador condiciones de trabajo inferiores a las que venía disfrutando y el reconocimiento del poder de dirección que permita al empresario mantener en correcto funcionamiento la empresa. Junto a estos principios no debe olvidarse la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo a través de un procedimiento administrativo que se resuelve en una autorización administrativa y una indemnización que señala el órgano judicial.

La doctrina uniformemente proclama la libre voluntad de las —

con el concepto de novación entre cuyos requisitos esenciales figura el acuerdo voluntario de los interesados (16). El hecho de que las normas aplicables no aludan al requisito de la libre aceptación del trabajador se debe probablemente a que lo consideran superfluo, ya que los ascensos se configuran como un bien para el trabajador a quien se presupone normalmente interesado en acceder a la categoría superior. Cuando excepcionalmente falle este presupuesto, no hay por qué otorgar a la norma unos efectos no buscados (17).

1.2. SISTEMAS DE ASCENSO

Los diversos sistemas utilizables para regular los ascensos, si prescindimos de las notas que no marcan diferencias importantes, pueden reducirse a los siguientes: a) Libre designación por parte del empresario; b) Evaluación de los méritos y de la capacidad; c) Antigüedad; d) Edad.

Vamos a estudiarlos separadamente con especial referencia a las Reglamentaciones de trabajo.

1.2.1. LIBRE DESIGNACION.

El empresario goza de discrecionalidad para decidir el ascenso según su criterio personal, sin sometimiento a reglas objetivas. Lógicamente sus decisiones no son susceptibles de impugnación en ninguna instancia empresarial o extraempresarial. La discrecionalidad es plena si el empresario puede ascender a cualquier trabajador sin limitación alguna. También puede ocurrir que la decisión se vea constreñida por limitaciones que reducen, sin eliminar, el margen de discrecionalidad, en cuanto que el empresario puede designar al trabajador solamente entre los que cumplen determinados requisitos (18). Si las facultades empresariales son tan amplias que puede conceder la categoría incluso a personas ajenas a la plantilla de la empresa desbordan la problemática del ascenso e inciden en el de ingreso y contratación de trabajadores. La noción de ascenso sólo abarca el supuesto de que un trabajador de la empresa pase de una a otra categoría. Si reducimos a un esquema las opciones que en relación con la libre designación vienen atribuidas al empresario — por las Reglamentaciones, aparece el cuadro siguiente:

a) Puede ascender cualquier trabajador de la empresa. Se excluye toda limitación a la libre decisión empresarial. Es el sistema usual para cubrir los puestos considerados de especial confianza. (19)

b) Pueden ascender los trabajadores que ostenten determinadas categorías específicamente designadas (20).

(16) CABRERA BAZAN, J. "La novación ilícita..." cit. pág.131. RIVERO LAMAS, J. "La novación..." cit. pág. 117.

(17) CONSTANZO "Statuto dei lavoratori", cit. pág. 78

(18) CABRERA BAZAN, J. "La novación ilícita..." cit. pág.134, estima que "la discrecionalidad otorgada a las empresas por las Reglamentaciones, en ningún caso puede ser confundida con la arbitrariedad" y alude a los límites impuestos por las citadas normas. Lo cierto es que dichos límites son excepcionales y mínimos.

(19) Pueden examinarse como muestra las Ordenanzas de ARTES GRAFICAS, art.28; SIDEROMETALURGICA, art.24; TEXTIL, art. 56.

(20) Así en ACEITE, art.19, el Conserje puede ser designado entre porteros y ordenanzas; en HOSTELERIA, art.22, el Jefe de primera administrativo, entre jefes de segunda y oficiales de primera.

c) El ascenso solo puede concederse al personal encuadrado en la categoría inmediata inferior. (21).

d) Indirectamente se encuentra limitada la decisión empresarial por/ las normas que establecen como requisito necesario para ostentar una categoría - la posesión de determinados requisitos de edad o titulación.

La libre designación opera subsidiariamente cuando una vacante no puede cubrirse mediante los sistemas de concurso, oposición y antigüedad previa prueba de capacitación. Aún cuando no lo reconozca expresamente la norma aplicable, debe entenderse así, pues de otra manera el empleador se encontraría imposibilitado de cubrir las vacantes producidas en la plantilla.

Por último cabe añadir que este sistema es más bien excepcional y que se percibe una clara tendencia a reducir su ámbito (22). En aquellos supuestos - en que se utilizan fórmulas abiertas, como en la Ordenanza SIDEROMETALURGICA, - art. 24. "Los puestos que impliquen ejercicio de autoridad o mando sobre otras - personas se cubrirán por libre designación", se exige rigurosamente la concreción de los puestos a través del Reglamento de Régimen Interior (23). Sin embargo cuando se trata de reclasificar a un trabajador a través de un expediente de clasificación profesional, la práctica administrativa acoge el automatismo en el ascenso inherente al turno de libre designación cuando el puesto de la categoría superior implica de forma evidente el ejercicio de mando, aún cuando no se encuentre recogido en el Reglamento Interior, entendiendo que la pasividad del empleador - en esta materia no puede acarrear perjuicio al trabajador. (24)

(21) QUIMICAS, art. 23. Ascensos a jefe de segunda y oficial de primera administrativos en el turno correspondiente a la libre designación.

(22) Una manifestación de esta tendencia encontramos en la modificación operada/ por la Ordenanza Siderometalúrgica. Mientras que la aprobada en 1.946, art. 59, establecía con carácter general tres turnos de ascenso, la de 1.970, art. 24, - elimina el de libre designación en favor del concurso-oposición.

(23) Pueden consultarse las Resoluciones de la D.G.T. de 2-11-71, 11-11-71, - - 24-1-72, 28-2-72 y 9-4-73 (citadas todas ellas por AYERRA en "Ind. Sidero." - - cit. pág. 93).

(24) Así por sendas Resoluciones de la D.G.T. y en base a la Ordenanza Siderometalúrgica se otorga la categoría superior a un Encargado (28-1-72, 20-3-72 y - - 26-6-72), a un Jefe Administrativo (17-5-72 y 16-12-72), y a un Jefe de Organización (4-12-72). (Citadas por AYERRA, en "Ind. Sidero.", cit. pág. 94.).

1.2.2. EVALUACION DE LOS MERITOS Y DE LA CAPACIDAD

A. Noción.— Es un sistema basado en evaluaciones objetivas de los candidatos mediante las cuales se elimina o al menos se reduce sensiblemente la libre decisión empresarial. Los sistemas de evaluación persiguen dos finalidades distintas, que son la verificación de los conocimientos y aptitudes de los candidatos y el ofrecer una igualdad de oportunidades a los solicitantes cuando son más numerosos que los puestos a cubrir./ La tendencia, advertida en algunos movimientos reivindicativos de los trabajadores a eliminar las pruebas sustituyéndolas por sistemas de promoción automáticos ha pretendido anular el esfuerzo competitivo y debilitar en lo posible el insoslayable requisito de la debida capacitación previa a la ocupación del puesto sustituyéndolo por la más blanda exigencia de que el trabajador se encuentre en condiciones de poder estar capacitado en un — tiempo razonable (25). Según que predomine la calificación de los méritos/ contraídos con anterioridad por los candidatos o la idoneidad demostrada — en unas pruebas a las que se les somete se utiliza la denominación de concurso o de oposición. Frecuentemente ambas modalidades se conjugan simultáneamente dando lugar al concurso-oposición.

a) El concurso: Los candidatos que aspiran a cubrir el puesto/ de categoría superior aportan los méritos que estiman tener contraídos para que sean valorados y contrastados con los de los restantes peticionarios./ El ascenso corresponde a quienes demuestran mejor derecho. Las Reglamentaciones utilizan parcamente el concurso de méritos puro, no combinado con/ la oposición. En las Reglamentaciones principales aparece sólo en CONSTRUCCION, art. 69, para el personal técnico, y en la de TRANSPORTES, Anexo, donde el sistema se utiliza ampliamente e incluso se diferencia de una manera muy clara del concurso-oposición.

b) La oposición: en el concurso se valoran méritos contraídos/ a lo largo de toda la vida del trabajador, no sólo su vida laboral, — mientras que en la oposición la realización de unas pruebas objetivas que/ tienen lugar en una o pocas sesiones pone de manifiesto quién es el trabajador más apto para ascender, al margen de sus antecedentes laborales y extralaborales. Si el concurso tiene escasa aplicación, el sistema de la oposición es todavía menos utilizado. Sólo la Ordenanza TEXTIL, art. 57, lo acoge e incluso en esta Ordenanza la redacción del correspondiente precepto no es tan terminante que excluya la apreciación de los méritos contraídos (26).

(25) RIVERO LAMAS, J. "Contrato de trabajo y antigüedad en la empresa" en/ Rev. Pul. Loc. nº 64, art.- dic. 1.964, pág. 78.

(26) Dice el citado artículo: "Todos los puestos de trabajo, excluidos los casos previstos en el artículo anterior (se refiere a los de libre designación) se cubrirán mediante pruebas de capacitación, cuyas bases generales/ mínimas serán establecidas por cada empresa".

c) El concurso-oposición consiste en la conjunción de ambos — sistemas y comprende dos fases que se valoran conjuntamente, la estimación de los méritos y la realización de pruebas. Las Reglamentaciones lo utilizan muy ampliamente.

B. Reglas de Procedimiento.— Vamos a referirnos al concurso-oposición como forma más utilizada y además porque abarca las otras dos facetas de la evaluación objetiva y porque las reglas que expondremos son idénticas para el concurso y la oposición puros en lo que les sea aplicable.

a) La estimación de los méritos: Admite muy diversos grados de discrecionalidad. Si los méritos se encuentran taxativamente relacionados/ en un baremo, si éste solo incluye datos fácilmente constatables y por último si la valoración se encomienda a un tribunal mayoritariamente formado por personas no forzosamente sometidas a excesivas coacciones de los empresarios o de los trabajadores, entonces la objetividad será aceptable. En la medida en que se debiliten los requisitos enumerados se amplía el margen de discrecionalidad con el correspondiente peligro de arbitrariedad. — Lo cierto es que las Reglamentaciones adolecen de sensibles lagunas en esta materia. Parece conveniente una regulación más concreta que evite conflictos. Sólomente la Ordenanza de CONSTRUCCION, art. 72, incluye un baremo — completo de méritos con su correspondiente puntuación. Varias Reglamentaciones se remiten al Reglamento de Régimen Interior, más no puede olvidarse que la mayoría de las empresas carecen del mismo. Son bastantes las Reglamentaciones que se limitan a enumerar algunos de los méritos que deben/ computarse necesariamente, incluyendo casi siempre la antigüedad, pero la/ lista es deliberadamente ejemplificativa y no señala puntuaciones. Por último, la mayoría de las Reglamentaciones que establecen el sistema de ascenso del concurso-oposición omiten cualquier regulación del mismo.

En todo caso elementales principios de equidad exigen que en la celebración de los concursos sean respetadas las siguientes reglas: que — los méritos no puedan ser apreciados libremente por el tribunal, sino con/ sujeción a un baremo previamente establecido; que el baremo, si no está regulado en una disposición de obligatoria observancia, sea confeccionado — por el propio tribunal o al menos que reciba su aprobación; publicidad del baremo y de la puntuación alcanzada por cada concursante.

b) Las pruebas: la diversidad de categorías y de cometidos — asignados a las mismas veda cualquier intento de regulación normativa de — las pruebas para el ascenso. Varias Reglamentaciones se limitan a establecer la regla de que sean eminentemente prácticas (27). Deben tener por objeto comprobar si el trabajador posee los conocimientos y destreza propios

(27) Ver la de ACEITE, art. 20, o la de SIDEROMETALURGIA, Art. 24.

de la categoría a que aspira y también la comparación de sus aptitudes con las de los restantes concursantes. Aún siendo las pruebas eminentemente -- prácticas plantean un problema de difícil solución. Las vacantes se producen en una categoría profesional, pero también en un puesto de trabajo. -- Por ejemplo, si una empresa convoca concurso oposición para cubrir una plaza de oficial primero administrativo, lo normal es que no busque un trabajador polivalente apto para desempeñar cualquier puesto de oficial primero, sino que pretenda cubrir un puesto concreto. El establecimiento de unas -- pruebas encaminadas a comprobar quién es el más idóneo para cubrir ese -- puesto o quién de entre los oficiales de segunda posee una mejor formación de carácter administrativo fácilmente arroje distinto ganador. Entendemos/ que por respeto al principio de igualdad de oportunidades, las pruebas aún siendo de carácter práctico no deben ser tan específicas de un puesto que/ los trabajadores que habitualmente estén adscritos a cometidos distintos -- se encuentren en inferioridad de condiciones. En manera alguna se atenta -- a los intereses de la empresa, pues sabido es que cualquier persona con un nivel de formación y de experiencia aceptables muy pronto se habitúa a la/ realización de trabajos propios de su nivel. Un recurso que puede ser útil para conjugar el carácter abierto de la promoción profesional con un cierto grado de especialización es el de configurar los ascensos por departamentos o secciones de la empresa, sistema perfectamente razonable y legal/ como se vió al tratar de los escalafones.

Si el contenido de las pruebas no admite una regulación previa con carácter general, no cabe decir lo mismo de los aspectos formales. A -- falta de una regulación minuciosa, siempre deseable, entendemos que cuando menos la publicidad de la convocatoria con una razonable antelación, describiendo la materia objeto de los exámenes y los criterios de calificación, constituye requisito indispensable para la validez de las pruebas./ (28)

c) Tribunales: deben estar formados por personas en quienes -- concurren condiciones de imparcialidad y de conocimiento de los trabajos -- propios de la categoría de ascenso. Se encuentran regulados en casi todas/ las Reglamentaciones. Algunas se remiten al Reglamento de Régimen Interior y las menos no los mencionan.

(28) La D.G.T. en R. 6-6-72 (citada por AYERRA, en "Ind. Sidero." cit. pág. 95) entendió con excelente criterio que la empresa no podía negar el ascenso al ganador de las pruebas por no haber alcanzado una puntuación mínima/ que no había sido fijada previamente en el anuncio de la convocatoria

Sus componentes son los siguientes: Presidente, que siempre es el propio empresario o persona en quien delegue. En todo caso su nombramiento se efectúa sin intervención de los trabajadores. Vocales, en número variable, dos o cuatro, para que el número total de votos resulte impar. Las soluciones adoptadas para su designación varía mucho de unas a otras Reglamentaciones. Podemos resumirlas en las siguientes, que no suelen darse puras sino combinadas entre sí: nombrados libremente por la empresa, nombrados por la empresa de entre una terna presentada por los representantes — sindicales de los trabajadores, nombrados directamente por dichos representantes. Por último algunas Reglamentaciones (BEBIDAS, CARNICAS) otorgan la condición de asesor sin voto al Jefe de Personal.

Requisito repetido por las Reglamentaciones es el de que los componentes del Tribunal ostenten al menos la misma categoría que corresponde a la vacante a cubrir. No se especifica si debe pertenecer a la misma especialidad. Parece razonable que así ocurra al menos con algunos de ellos. Más que el rango jerárquico de los miembros del tribunal importa el conocimiento de las tareas que deben ser juzgadas. Sin llevar el ejemplo a extremos exagerados, una elemental reflexión conduce a comprender que un ingeniero puede que no sea la persona más apta para juzgar la destreza de un tornero.

Las Reglamentaciones no aclaran si los miembros del Tribunal necesariamente deben pertenecer a la empresa. Creemos que no, pues de otra manera resultaría muy difícil y en ocasiones imposible la formación de tribunales en empresas de reducida plantilla e incluso en grandes empresas para categorías muy cualificadas. Hay que reconocer, no obstante, que en la práctica entraña dificultades la designación de personas que prestan servicios en otra empresa y cuya ausencia de esta origina inconvenientes comprensibles.

1.2.3.- ANTIGÜEDAD.-

La antigüedad se refleja en los ascensos a través de diversas vías que enumeramos según el orden decreciente de intensidad con que aquella se refleja: el automatismo para el ascenso, el requisito ^{la preferencia} y la alegación como un mérito concurrente con otros. La antigüedad como requisito necesario o como condición suficiente para el ascenso se encuentra recogida en algunas escasas Reglamentaciones que fueron citadas al tratar de este elemento como criterio inspirador del contenido de las categorías. (29) —

En cuanto al sistema de antigüedad como preferencia para el ascenso consiste en otorgarle al más antiguo de los trabajadores que ostentan la categoría inferior. La aplicación de un criterio estricto de antigüedad entraña el peligro de que el mero transcurso del tiempo se traduzca en promociones/injustificadamente generosas para trabajadores ineptos y en perjuicio de otros más capaces y diligentes. Por este motivo su aceptación en las Reglamentaciones es muy restringida (30). Para corregir este inconveniente se suele combinar el factor antigüedad con pruebas de capacitación profesional. Ascende el más antiguo, pero a condición de que previamente supere un examen en el que demuestre estar capacitado. Por tratarse de un requisito establecido en garantía del empleador, éste puede renunciar al examen si le consta la capacidad. Este sistema se presta a confusión con el concurso-oposición en el cual se valora la antigüedad. No existe tal confusión, ya que en este casolla antigüedad opera como un elemento entre otros para determinar quién es el trabajador más capaz o con mayores méritos, mientras que en el sistema de antigüedad debe ascender el más antiguo, con tal de que esté capacitado, aún cuando no sea el más capaz. El criterio decisivo sigue siendo la antigüedad. Las pruebas sólo tienen por objeto comprobar si el trabajador a quien corresponde el ascenso se encuentra en condiciones de realizar la función superior con un rendimiento correcto. Esta modalidad es ampliamente utilizada por las Reglamentaciones. (31).

El tratamiento conferido a la antigüedad envuelve dos consideraciones: la de la presunción de cierta cualificación adquirida a través de la experiencia y la del desarrollo de la carrera profesional del trabajador. En cuanto a la primera es claro que el ejercicio continuado de unas funciones proporciona conocimientos y destreza, y por ello el legislador se inclina a establecer la presunción de que el trabajador que durante el plazo que señala en cada caso ha ejecutado los trabajos propios de una categoría, se encuentra suficientemente adiestrado para realizarlos con la perfección y rendimiento propios de la categoría inmediatamente superior, o que se encuentra más capacitado que quienes han venido ejecutándolos durante menos tiempo. El sistema de la antigüedad es válido sobre todo para el paso de

(30) ACEITE, Art. 20, ascenso de los peones Ayudantes de fabricación a Ayudantes especialistas; ALIMENTACION, art. 12 un turno para jefe de Administración de segunda y Oficiales Administrativos de primera y segunda; QUIMICAS, arts. 23 y 25, establece un turno de antigüedad para cubrir las vacantes de Oficial de segunda administrativo, de oficiales de primera y de segunda de oficios auxiliares y de oficial de primera de actividades complementarias.

(31) ALIMENTACION, art. 12, para el 50 por 100 del personal obrero.; ARTES/ GRAFICAS, art. 28, adopta este sistema para todas las categorías con la única salvedad de las reservadas excepcionalmente a la libre designación. La SIDEROMETALURGICA, art. 24, reserva un tercio de las vacantes a la provisión por antigüedad, salvo que se acredite la carencia de aptitud en el trabajador.

unas a otras categorías que no difieren esencialmente en su contenido y que — constituyen más bien escalones de habilidad o experiencia, y es menos apto "a/ medida que se exige una mayor especialización para el desempeño de las funciones que integran el cometido del oficio" (32). Encuadrado el tema de la antigüedad en la dimensión de la carrera profesional del trabajador es patente la estrecha correlación existente entre ambas figuras, si bien entendemos que resulta más justo desarrollar ésta a través de otros cauces que impliquen la utilización de estímulos más eficaces para promocionar al trabajador capaz y diligente. Lo cierto es que en el tratamiento de las repercusiones de la antigüedad — sobre los ascensos late la pugna entre el empleador que desea seleccionar a su personal no sólo en el momento de iniciar la prestación de servicios sino en cada escalón sucesivo y el trabajador que desea objetivar la selección a — través de un instrumento que escape del ámbito decisorio de aquél (33). Enfocado el problema desde una vertiente sociológica, CATALA RUIZ, M. se ha referido con justeza a "los viciosos sistemas, tan perjudicial uno como otro, del ascenso por mera antigüedad o por caprichosa concesión de la empresa" (34).

El cómputo de la antigüedad para los ascensos, admite dos variantes según que se tengan en cuenta los servicios prestados en la categoría o en la/ empresa y a su vez la antigüedad en la categoría puede subdividirse según que/ se refiera al empleo u a la empresa conjuntamente o que se tenga en cuenta la/ categoría con independencia de la empresa en que se han prestado los servicios. La solución correcta entiendo que debe partir de la distinción entre el supuesto excepcional de ascenso automático cuando se ostenta una categoría durante — un cierto período de tiempo preestablecido y el normal en que la antigüedad — fundamenta una preferencia. En el primer caso, si la razón de ser de la institución es la presunción de que la repetición de funciones proporciona experiencia, debe concluirse que resulta indiferente que ésta se haya adquirido en una o en varias empresas. En el supuesto normal, donde juega no sólo el factor de idoneidad, sino también la posible colisión con los derechos de otros — compañeros, lo razonable es considerar la antigüedad en la categoría dentro de la empresa en que se están prestando los servicios. Valorar la antigüedad en — otrasempresas distintas supone otorgar efectos sobre terceros a unas situaciones que les son totalmente ajenas. Computar el período de antigüedad partiendo siempre de la fecha de ingreso en la empresa, sin tener en cuenta la categoría favorece exageradamente a los más antiguos que podría obtener repetidos ascensos, impidiendo la promoción de otros compañeros mejor capacitados mediante el desempeño de los trabajos de la categoría inmediatamente inferior durante espacios de tiempo más dilatados. (35)

(32) RIVERO LAFAS, J. "Contrato de trabajo y antigüedad en la empresa", en Rev. Pol. Soc. n.º 64, oct.-dic. 1.964, pág. 55.

(33) RIVERO LAFAS, J. "Contrato de trabajo ..." pág. 77

(34) "Problemas de personal en España en comparación con otros países" en Rev. Pol. Soc. n.º 75, jul.-sept. 1.967, pág. 29.

(35) Este criterio es mantenido por la D.G.T. Puede comprobarse en Consulta de 16-10-74 (BOET, nov. 74, Ref. 11-145)

2. DISMINUCION DE CATEGORIA.-

La categoría constituye un derecho sustancial del trabajador - nacido del ajuste de su voluntad con la del empleador. Si el carácter contractual del trabajo prestado veda los ascensos basados en un cambio de ocupación no aceptado por ambas partes, con mayor vigor ha de jugar esta limitación si se trata de una disminución de categoría. Sin embargo determinadas circunstancias pueden forzar una alteración de las funciones habituales del trabajador justificando una modificación de categoría, que será inferior si a los nuevos trabajos corresponde una inferior valoración. La categoría se basa en unas funciones contratadas y unas funciones de facto. El respeto a las condiciones más beneficiosas y la consideración de la dignidad de la persona impiden que una de las partes imponga la realización de funciones de inferior categoría que las contratadas a no ser en casos tan excepcionales y tan breves dejen a salvo o que justifiquen el sacrificio de los indicados principios. No obstante si muy poderosas razones reconocidas por la Ley hanen preciso encomendar de manera habitual y permanente trabajos de inferior categoría, variando el objeto del contrato, podrían considerarse supuestos de disminución de categoría. Vamos a examinarlos - distinguiendo aquellos que de acuerdo con nuestra legislación y con la interpretación jurisprudencial constituyen una auténtica reclasificación in/peius de aquellos otros en los que se niega esta posibilidad. Veremos cómo los primeros siempre responden a una efectiva variación del trabajo - prestado, mientras que nó se admiten disminuciones de categoría mientras permanece inalterable el objeto de la prestación. En todo caso conviene recalcar que estamos analizando el tema de la modificaciónde categorías y - que el simple encargo de tareas de inferior categoría sin pérdida de la - misma se contempla en otro apartado de nuestra investigación.

2.1. SUPUESTOS NO ADMISIBLES.-

La disminución de categoría exige ante todo que responda a una efectiva realización de funciones propias de la inferior categoría. Es pensable la hipótesis de una reducción de categoría sin modificación de tareas, bien sea para corregir errores de clasificación, bien sea por una aplicación abusiva de los supuestos legalmente admisibles.

2.1.1. ERROR DE CLASIFICACION.-

La clasificación del trabajador puede resultar desacertada por defecto o por exceso. La legislación y la doctrina suelen detenerse en la consideración del supuesto de que un trabajador ostente categoría inferior a la que le corresponde de acuerdo con las funciones que realiza. Conviene tener en cuenta asimismo la posibilidad de que se de el supuesto contrario originado en una aplicación incorrecta de la legislación. El respeto a los

dar una disminución de categoría. Además dicho error es imputable al propio/ empleador y consecuentemente debe soportar las consecuencias adversas.

Aludimos al tema a efectos sistemáticos sin insistir en él porque ha sido abordado en el capítulo dedicado a la asignación de categoría.

2.1.2.- APLICACION ABUSIVA O FRAUDULENTA DE LAS CAUSAS ADMISIBLES DE DISMINUCION DE CATEGORIA.-

El abuso puede manifestarse en forma de coacción al trabajador. - Por vía de ejemplo podría citarse, la situación del trabajador deseoso de un traslado a puesto distinto, pero de idéntico rango, a quien se fuerza a aceptar una inferior categoría como condición previa; la sanción de disminución de categoría impuesta al trabajador que sigue realizando las mismas tareas y/ que transige para evitar una sanción más onerosa; la aceptación de una inferior categoría para la misma función por parte del trabajador afectado de una incapacidad a quien se pretende despedir alegando la motivación siempre difícil de rebatir de falta de vacante en puestos de trabajo adecuados a sus facultades. Los ejemplos citados son fácilmente encajables dentro del ámbito del delito social y, aunque no puede descartarse su existencia, muy raramente ocurrirán. Mucho más fácilmente se darán casos de disminución simulada de categoría concertándose entre empleador y trabajador con el fin de defraudar a la Seguridad Social cotizando por salarios inferiores.

2.2. SUPUESTOS ADMISIBLES DE DISMINUCION DE CATEGORIA.

2.2.1. POR MUTUO ACUERDO.-

La voluntad concorde de empresario y trabajador en orden a modificar el trabajo contratado es admisible, ya que no contradice norma alguna, y/ consiguientemente no pueden oponerse reparos a la asignación de la categoría/ adecuada, con la única salvedad de que se respeten los derechos que terceros/ tengan reconocidos para ocupar la plaza correspondiente a la nueva categoría/ (36). No hay por qué hablar de la renuncia de derechos cuando son tan variadas/ las razones que puede tener el trabajador para estar interesado en la ocupación de un puesto de inferior categoría a la que ya ostenta. Bien entendido -

(36)VILLA, L.E. DE LA. P."Esquemas de Derecho del Trabajo".Curso 1.972-3.pág. 302 pone en duda la licitud del acuerdo entre empleador y trabajador para realizar trabajos de inferior categoría, si bien señala que "los tribunales admiten ab initio que el trabajador, con independencia de su calificación profesional, acepte cualquier categoría tras el acto de clasificación.

Este es asimismo el criterio della Dirección General de Trabajo./ El cambio de categorías, a consecuencia del cambio de destino solicitado por/ los trabajadores, es perfectamente lícito, en base al art. 9 de la LCT y no vulnera lo dispuesto en el art. 36 de la propia ley, habiéndose operado, libremente, una novación de su relación laboral. RDGOT. 25-5-65 (citada en "Jurisprudencia Laboral", Madrid 1.966, nº 268).

que nuestro razonamiento parte del supuesto de que la asignación de inferior categoría responde a la realización efectiva de trabajos propios de la misma. Cualquier descenso de categoría sin este requisito incurriría en abuso

La voluntad de una sola de las partes interesadas puede manifestarse como una invitación a la otra para que acepte la modificación pero ninguna de ellas tiene la facultad de provocarla, ya que el cambio de categoría/entraña una modificación extintiva que requiere el mutuo acuerdo o el cumplimiento de un mandato legal. En cuanto al trabajador no encontramos ninguna norma que le otorgue el derecho a exigir la inferior categoría, a no ser en algún supuesto muy excepcional de pérdida de capacidad que será abordado en el apartado siguiente. La doctrina española que ha tratado de las modificaciones de condiciones laborales es unánime al respecto. La voluntad del empleador en el ejercicio del poder de dirección tampoco es suficiente para imponer la disminución de categoría, si bien la Ley en ciertos casos le otorga la facultad de instar una autorización administrativa que supla su insuficiencia.

2.2.2. POR CAMBIOS ECONOMICOS Y TECNOLOGICOS.

El art. 18 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 admite la modificación de condiciones sustanciales de trabajo por voluntad unilateral del empresario con autorización administrativa dictada al término de un expediente administrativo en el que deben aglutinarse las razones/ aducidas por la empresa. Entre las condiciones sustanciales figura el derecho a ser ocupado en las funciones contratadas y a ser clasificado de acuerdo con las mismas (37). Ningún texto legal concreta las circunstancias que pueden fundamentar lícitamente la imposición de una disminución de categoría profesional, mas si tenemos en cuenta que varias Ordenanzas imponen graves restricciones al ejercicio de ius variandi empresarial en orden a encomendar funciones/ de inferior categoría por causas excepcionales y por períodos transitorios, habrá de concluirse que la atribución definitiva de estas funciones y mucho más la reclasificación in peius exigirá requisitos tan rigurosos que resulten alternativos al despido, es decir que sólo podrán autorizarse cuando ostensiblemente se cuestione la pervivencia de la empresa. Que el legislador así lo entiende puede afirmarse con bastante fuerza desde el momento en que la modificación de condiciones de trabajo y el despido por causas económicas y tecnológicas se regulan conjuntamente según tradición legislativa fuertemente enraizada en nuestro derecho laboral (38).

(37) La posibilidad de una disminución de categoría mediante expediente administrativo se contempla en las Sentencias del Tribunal Supremo, CA de 2-7-70 (R.3450) y 23-2-71 (R. 1115)

(38) Consúltense el Decreto de 26-1-44, art. 2º; Decreto de 2-11-72, art. 7º; Ley de Relaciones de Trabajo de 8-4-76, art. 18

La resolución de la Autoridad laboral concretará en cada caso si se autoriza la adscripción a tareas inferiores conservando la categoría o la reclasificación. La diferencia práctica más importante es que en el primer caso se conservará el salario que se venía percibiendo (en otro caso la resolución atentaría tan gravemente al principio de condición más beneficiosa — que entendemos sería nula) en tanto no se absorba por posteriores elevaciones y en el segundo la retribución debe acompañarse a dichas elevaciones.

2.2.3. POR RAZONES DISCIPLINARIAS.

El poder disciplinario abarca el ámbito de la clasificación — profesional. Todas las Ordenanzas principales con rara unanimidad incluyen entre las sanciones aplicables por faltas laborales la inhabilitación para el ascenso y algunas prevén asimismo con una redacción literalmente idéntica la "pérdida temporal o definitiva de categoría", siempre para faltas — muy graves (). La regulación deja en el aire importantes detalles. El — primero, cuántos escalones jerárquicos pueden descender los trabajadores — como consecuencia de la sanción, pues cabe ser clasificado en la categoría inmediatamente inferior o en otras más alejadas. El segundo, si la expresión definitiva quiere decir que el trabajador sancionado no se incorporará a su categoría de origen hasta que no le corresponda el ascenso o que — se le cierra incluso la vía de ascensos. En relación con ambas cuestiones/ la interpretación restrictiva característica de las leyes penales y disciplinarias inclina a la elección de los criterios más favorables al trabajador. Una tercera cuestión no resuelta es la del puesto que debe ocupar en/ el escalafón, concretamente si la que le corresponde de acuerdo con su antigüedad en la empresa (es fácil que le corresponda el primero) o si el último. Este dato tiene importancia si los ascensos se producen por antigüedad. Es la propia ratio legis la que postula que ocupe el último, pues en caso contrario le correspondería cubrir la primera vacante y si se trata/ de una empresa de cierto movimiento la sanción apenas tendría efecto.

2.2.4. POR REINGRESO DEL EXCEDENTE.—

Un caso curioso de facultad de ocupar puestos de inferior categoría, asumiendo los derechos y obligaciones inherentes a la misma, lo constituye el reingreso del excedente sin reserva de puesto de trabajo. Algunas Ordenanzas recogen este supuesto y sancionan la opción del trabajador entre ingresar en las posibles vacantes existentes en categorías inferiores/ o esperar a que se produzca en la suya. Entre las principales adoptan esta solución las de ACEITE, art. 53; CONSTRUCCION, art. 132; OFICINAS, art. 43 QUIMICAS, art. 60. Las de ACEITE y QUIMICAS aclaran expresamente que el —

() Por ejemplo, ARTES GRAFICAS, art. 65; BEBIDAS REFRESCANTES, art. 29; TRANSPORTES, art. 118.

trabajador conserva el derecho a ocupar la primera vacante que se produzca en su categoría. Las restantes omiten este dato, si bien la finalidad de - procurar empleo inmediato al excedente patente en esta institución abona - el criterio de provisionalidad en el desempeño de la inferior categoría y/ la inexistencia de renuncia a la categoría de origen.

2.2.5. POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD FISICA O PSIQUICA

Empleador y trabajador conciertan la prestación del trabajo en base a la aptitud para la realización satisfactoria del mismo. Dicha aptitud presupone una capacidad física y psíquica susceptible de alteraciones a lo largo de la vida laboral. El mero transcurso del tiempo produce un menoscabo de la capacidad física y los trabajos más duros con dificultad son desempeñados por personas de edad algo avanzada, las cuales conservan sin embargo sus facultades íntegras para tareas que no exijan intensos esfuerzos físicos ni se desarrollen en un ambiente especialmente desfavorable. Junto a la disminución de capacidad por edad que afecta prácticamente a todos los trabajadores, aunque esta circunstancia no sea siempre relevante en atención al trabajo desarrollado, muchos trabajadores se ven afectados por la enfermedad y el accidente que también merman facultades. La edad y la minusvalía física y psíquica son factores intercurrentes en el sentido de que los efectos desfavorables de aquella repercuten más intensamente en quienes sufren limitaciones orgánicas o funcionales. Sin necesidad de insistir en la descripción de los fenómenos aludidos, basta a nuestra reflexión constatar la existencia de trabajadores inicialmente poseedores de capacidad para realizar unas tareas que llegan a perderla. A partir de la constatación de este hecho, abordaremos a continuación las repercusiones que tiene sobre la clasificación profesional.

A) JUSTIFICACION DE LA RECLASIFICACION IN PETUS

La atribución de tareas inferiores motivada por disminución de facultades sólo lo puede justificarse como un recurso extremo alternativo del despido o del abandono del trabajo por parte del trabajador que no se considera con facultades suficientes para seguir desempeñándole. En cuanto recurso extremo precisa la concurrencia de circunstancias muy graves que podrían resumirse en los requisitos siguientes:

a) Imposibilidad sobrevenida de continuar realizando las funciones habitualmente desempeñadas. La disminución de facultades sólo puede justificar la imposición de una categoría más baja cuando tenga el efecto, objetivamente constatado, de una correlativa disminución de rendimiento por debajo de los mínimos exigibles. El acuerdo entre las partes, en cambio, exime de criterios cuantitativos rígidos.

b) Inexistencia de puestos de igual o superior categoría adecuados a la capacidad y preparación del disminuido físico o psíquico. Sólomente si no existe ningún trabajo sustitutivo que reúna estas características puede admitirse la asignación de tareas inferiores. Este requisito lo argumentamos partiendo del indiscutible derecho del trabajador a ejercer la ocupación contratada y a cubrir los escalones sucesivos que constituyen su carrera profesional. La imposibilidad sobrevenida en orden a desarrollar el trabajo contratado no tiene por que privarle del -

derecho al ascenso. La consideración conjunta de este derecho y del principio de respeto a la dignidad humana con la consiguiente configuración de la empresa como comunidad que no puede desentenderse de los problemas de sus miembros nos lleva a conocer al trabajador la capacidad disminuida un derecho preferente al ascenso. La falta de cualificación no debe constituir obstáculo si es remediable mediante cursos de reconversión.

La consagración legal de los criterios enunciados exige las dos siguientes medidas: establecimiento con carácter general de una preferencia para el ascenso de los trabajadores con una incapacidad sobrevenida para seguir desempeñando su puesto actual y obligatoriedad de las empresas con trabajos especialmente duros de procurar por sí o a través de los organismos adecuados la formación de los trabajadores que los desempeñan con el fin de conseguir absorber mediante la movilidad vertical ascendente y la horizontal el mayor número posible de trabajadores que sufran disminución de su capacidad. La preferencia para el ascenso como medio de evitar la disminución de categoría profesional del personal con capacidad disminuida, no ha sido recogida en nuestro derecho vigente en términos lo suficientemente explícitos para alcanzar virtualidad (40). A lo sumo Ordenanzas establecen preferencias para ocupar puestos adecuados, pero sin referirla específicamente al ascenso, y si se aplica a esta materia, sin configurar un auténtico derecho exigible y supeditándolo además a la igualdad de condiciones con otros candidatos. La regulación presenta en ocasiones un grado de concreción aceptable solamente en relación con los puestos de subalternos, cuya ocupación supone para la mayoría de los trabajadores no un ascenso sino una disminución de categoría (41).

La exigencia de que las empresas proveen anticipadamente a la formación de sus trabajadores para que, llegado el momento de declive físico, puedan ocupar los puestos menos penosos, no se encuentra recogida en ninguna norma. El Decreto de 22 de agosto de 1.970 sobre empleo de trabajadores minusválidos que, como es sabido, incluye en su ámbito a quienes están afectados por una discapacidad de por lo menos el treinta y tres por ciento y no a quienes sufren el natural desgaste propio de la edad madura o de enfermedades, se refiere a la reeducación profesional de los minusválidos, pero sin afrontar el aspecto concreto de la readaptación progresiva del personal desde los puestos más duros a los más descansados (42).

(40) Un tema distinto es el del derecho o preferencia para acceder a los puestos de inferior categoría, que será abordado en otro tema.

(41) Pueden examinarse las Ordenanzas de ACEITE, arts. 19 y 30; CARNICAS, arts. 33 y 78; HOSTELERIA, art. 27; QUIMICAS, art. 38.

(42) Arts. 5 a 9 del citado Decreto.

En cuanto a la edad debe recordarse que los puestos menos cualificados son — precisamente aquellos en los que antes se alcanza la vejez profesional y que los que requieren mayor cualificación no sólo se ven afectados más tardíamente — por el transcurso de los años sino que incluso en ocasiones se ven favorecidos. — Por ello habría que incluir entre las exigencias básicas la carrera profesional/ del trabajador la impartición de una formación profesional constante que le pre- para para ocupar en los últimos años de su vida laboral puestos de mayor cualifi- cación y menor esfuerzo (43)

La regulación más reciente del despido, contenida en los arts. 39 al rr de — la Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1.977, ha solucionado la "defi- ciencia técnica" (44) de la Ley de Contrato de Trabajo, que incluía la ineptitud entre las causas de despido disciplinario y al mismo tiempo ha introducido una — variante en la redacción de la causa que no favorece el criterio avanzado que — mantenemos en cuenta a la conservación del contrato de trabajo en supuestos de — disminución de facultades durante la vida del contrato. La ineptitud sobrevenida se admite como posible causa de despido y además se establece una nueva causa — que es la falta de adaptación a los cambios tecnológicos, con lo cual parece que la ineptitud sobrevenida sólo puede referirse a la disminución de facultades fí- sicas o psíquicas. Lógicamente si se permite el despido sin matizarlo ni condi- cionarlo, resulta difícil encontrar apoyo legal para la defensa de la categoría.

A) PRESUPUESTOS DE LA DISMINUCIÓN DE CATEGORÍA POR PÉRDIDA DE FACULTADES.

La ordenación de disminución de categoría, como un aspecto del tema más — amplio del cambio de puesto de trabajo por pérdida de facultades, si pretende — ser sincera y eficaz debe sustentarse en la existencia de órganos técnicos impar- ciales que dictaminen la debilitación de facultades así como la capacidad para — desempeñar la nueva función y en la reserva obligatoria de puestos para personal con capacidad disminuida. La insuficiencia legal en esta materia reduce a mera — mente proterratia cualquier declaración de principios aún cuando se formulen en forma que parece revestirlos de exigibilidad y coactividad. Muestras claras de — esta inoperancia nos revela nuestra legislación sobre el derecho del trabajador/ y del empleador a exigir la reclasificación descendente y sobre los medios que — pueden utilizarse para evitarla. Para comprender y valorar estos problemas vamos a examinar previamente lo que pudiéramos denominar presupuestos legales para la/ configuración de la disminución de categoría por disminución de la capacidad fí-

(43) UCHILAY DE MONTERO, J.A. "Régimen laboral especial de los trabajadores de — edad madura", Rev. Pol. L. n° 88, octubre-diciembre, 1.970, pág. 62

(44) ALONSO OLIVERA "Derecho del Trabajo", cit. pág. 212.

sica o mental.

a) Constatación de la disminución de facultades. Puede tener origen en causas diversas cuyo tratamiento es diferenciado, a saber, la edad, la enfermedad profesional y la enfermedad común o el accidente, sean o no de trabajo.

— La edad constituye dato de fácil comprobación y no presenta por ello problema alguno. Aún cuando resulte un criterio arbitrario respecto a cada persona esta justificado como regla de aplicación general, dada la dificultad que entraña la comprobación individual de la aptitud (45). La doctrina laboralista en relación con la edad avanzada de los trabajadores ha destacado la diferencia entre envejecimiento biológico y profesional resaltándose que el segundo va estrechamente ligado a las mutaciones tecnológicas y a la mayor o menor flexibilidad del trabajador para adaptarse a ellas (46).

En nuestro derecho laboral se presumen los cuarenta años como edad límite superior del pleno vigor físico, si bien con un criterio más sociológico que médico, en cuanto que tiene en cuenta primordialmente las dificultades de encontrar empleo, cumplida dicha edad. El Decreto de 30 de abril de 1.970 en su artículo 5º regula la movilidad interior del personal mayor de cuarenta años, con el fin de que sean adscritos a puestos de trabajos más apropiados a sus aptitudes y condiciones personales cuando, de no procederse así, hubiera de prescindirse de sus servicios por disminución de su capacidad laboral. La referencia a la capacidad laboral hace que en materia de traslados, no opere automáticamente la edad, como ocurre en otros aspectos de los regulados por el citado Decreto, en los que resulta necesaria la comprobación de aquella caso por caso, como en el supuesto de enfermedad al que nos remitimos.

— La enfermedad profesional. La legislación de enfermedad profesional contenida básicamente en el Decreto de 13 de abril de 1.961 y en su Reglamento aprobado por Orden de 9 de mayo de 1.962, incluye el traslado de puesto de trabajo entre las situaciones de los trabajadores afectados por dichas enfermedades. El nuevo puesto no tiene por qué corresponder a una categoría distinta ni, de ser así, ésta ha de ser necesariamente inferior, pero es posible que esto ocurra y las normas prevén dicha hipótesis. La declaración de existencia de síntomas de enfermedad profesional que, sin constituir incapacidad laboral transitoria, aconsejen el traslado del trabajador a otro puesto de trabajo exento de riesgo

(45) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Compendio de Derecho Civil". Madrid 1957 pág. 167.

(46) UCELA Y DE MONTERO, J.A. "Regimen Laboral ..." cit. pág. 64.

se encomienda a las Comisiones Técnicas Calificadoras, constituidas en Tribunales Médicos si bien su actuación sólo tiene lugar cuando los interesados (empresarios y trabajadores) o la Inspección de Trabajo discrepen del dictamen médico que aconsejan el cambio de puestos de trabajo (47).

La disminución de capacidad por enfermedad común y por accidente se aprecia oficialmente por órganos constituidos para esta finalidad, Las Comisiones Técnicas Calificadoras y las Unidades Provinciales de Valoración de Minusválidos. — Las declaraciones de las Unidades de Valoración de Minusválidos abren el camino a la obtención de determinados beneficios, pero no producen efectos vinculantes en relación con el puesto que viene desempeñando el trabajador. Los pronunciamientos de las Comisiones Técnicas Calificadoras, en cambio, si que los producen (48). La invalidez en cualquiera de sus grados supone una inadecuación al menos parcial con el puesto de trabajo.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las declaraciones de invalidez o de minusvalía sólo tienen lugar cuando el menoscabo supera el treinta y tres por ciento (49). Por debajo existen muchas situaciones de disminución de facultades las cuales serán precisamente las que más frecuentemente justifiquen cambios de puestos de trabajo. Se hace necesario la institucionalización de órganos revestidos de competencia e imparcialidad que eliminen las apreciaciones subjetivas de los interesados. Los Servicios Médicos de Empresa cumplen una importante función en este sentido. Sin embargo en su organización actual no rellenan la laguna legal existente porque en la mayoría de las empresas no se encuentran constituidos y porque además, aún cuando sean controlados por Organismos de la Seguridad Social, realizan su cometido bajo dependencia del empresario (50).

(47) Decreto 16-8-68, art. 9 y Orden 8-5-69, arts. 27, 1 y 2. Una sistematización de la amplia y dispersa normativa en coherente materia de enfermedades profesionales ha sido realizada por RODRIGUEZ SANTOS, B. "Comentarios prácticos a la Ley de Seguridad Social", T. III, Valladolid, 1.976.

(48) Un estudio exhaustivo de las Comisiones Técnicas Calificadoras puede consultarse en ALVAREZ DE MIRANDA Y TORRES, J.M., "Las Comisiones Técnicas Calificadoras y su competencia" Rev. Pol. Soc. n.º 107, julio - septiembre 1.975, — pág. 29 s.

(49) Ley General de la Seguridad Social de 30-5-74, art. 135.3. Las Comisiones aprecian este porcentaje discrecionalmente ponderando las limitaciones orgánicas y funcionales y las circunstancias personales y ambientales que repercuten en la realización del trabajo. Las Unidades de Valoración vienen utilizando las Gufas elaboradas por el Comité para la Evaluación del Menoscabo Físico y Mental de la Asociación Médica Americana, las cuales contienen tablas mínimas de fijación de porcentajes de menoscabo.

(50) Los Servicios Médicos de Empresa se encuentran regulados por Decreto de 10-6-59, reglamentado por Orden de 21-11-59. Refiriéndose sólo a la última disposición, revisten especial interés en este apartado de nuestra investigación los artículos 5º y siguientes (ámbito de aplicación), 39 a 53 y 61 a 64 (funciones).

b) Capacidad para desempeñar el nuevo puesto. Se basa en una oualificación - cuya posesión debe comprobarse con los mismos métodos empleados en relación con la generalidad de los trabajadores y en una oapacidad residual específica que debe apreciarse asimismo por órganos objetivos. Las Comisiones Técnicas Calificadas no abordan el estudio de los puestos concretos que puede desempeñar el trabajador, a no ser en el supuesto específico de enfermedad profesional. Las Unidades de Valoración de Minusválidos sí pretenden atender esta dimensión tanto a través de sus vocales médicos como de los expertos en formación profesional y empleo incorporados a las mismas, pero de hecho señalan posibles ocupaciones realizables sin dictaminar en relación con puestos de trabajo concretos. (51) Es imprescindible un órgano que cumpla esta importante misión. Lógicamente la determinación de la pérdida de facultades para seguir desempeñando un puesto y de la capacidad residual para otro son dos dimensiones de una misma cuestión que deberían ser encomendadas al mismo órgano. Entendemos que debería estar vinculados a los servicios de Seguridad e Higiene de la Seguridad Social con participación del Médico de empresa en su caso del médico que gozase de la confianza de los propios interesados (52).

c) La constatación de la disminución de facultades para desempeñar un puesto de trabajo y de la oapacidad residual para otro distinto constituye un callejón sin salida si no se dispone de vacante efectiva en el nuevo puesto. El empresario dispone de mil subterfugios para oponer cualquier intento de movilidad la inexistencia de vacante (53). Resulta necesaria la determinación de puestos que necesariamente deban ser cubiertos por personal con capacidad disminuida. El Decreto de 30 de abril de 1.970 ordena a las empresas con más de veinticinco trabajadores fijos, la elaboración de una relación de puestos que pueden reservarse a mayores de cuarenta años. La Orden de 18 de enero de 1.971 extiende a cada año la elaboración de la relación y determina que las vacantes producidas en puestos de la relación deben ser cubiertos necesariamente con trabajadores mayores de cuarenta años en situación de desempleo. No prevé la posibilidad de que accedan a dichos puestos los trabajadores ya colocados en la empresa en quienes concurra la circunstancia de haber cumplido dicha edad.

(51) Res. D.GSS, 20-4-72, 2ª - 7.

(52) Los Servicios Médicos de Empresa, entre otras funciones, tienen encomendado el "análisis y clasificación de los puestos de trabajo para la valoración de los requerimientos psicofisiológicos de las tareas". (Art. 6º del D. 10-6-59)

(53) SAGARDO Y BENGOCHEA, J.A. Entiende que la inexistencia de puesto adecuado al trabajador con facultades disminuidas debe ser contratada a través de un expediente de regulación de empleo. "Ineptitud, despido y desempleo", en R.P. S., núm. 89, 1.971, pág. 31.

En cuanto a los minusválidos el Decreto de 22 de agosto de 1.970, art. 10, - encomienda al Ministerio de Trabajo la determinación y clasificación por ramas - de actividad laboral y categorías profesionales de los empleos y puestos de trabajo que las empresas deberán reservar obligatoriamente a los minusválidos. Se - determina asimismo que dicha materia constituya contenido obligatorio de las Or- denanzas, Convenios Colectivos y Reglamentos de Régimen Interior. Desgraciadamen- te esta importante tarea no ha sido realizada. La dificultad evidente que entra- ña llevarla a cabo de forma perfecta ^{no} debería ser óbice a una clasificación de - puestos reservados a personal de capacidad disminuida aunque pecase de incomple- ta.

Las relaciones de puestos contempladas tanto en las normas sobre trabajado- res de edad madura como sobre minusválidos se refieren a la colocación o lo que es igual al primer puesto de trabajo desempeñado en la empresa. Aludimos a ellas, no obstante, porque reflejan un criterio del legislador acorde con el que estima- mos debe seguirse en materia de movilidad del personal con capacidad disminuida. Lo cierto es que elaborada una clasificación de puestos caracterizados por requere- r escasas cualidades físicas sería utilizable lo mismo para el ingreso en la - empresa que para los cambios posteriores. Sin esta clasificación es difícil que - tengan efectividad las declaraciones de derechos en esta materia.

C) EL DERECHO DEL TRABAJADOR A LA RECLASIFICACION DESCENDENTE.

Si la disminución de categoría en cuanto sustitutiva del despido se concibe- como una garantía de estabilidad del contrato de trabajo, su propia naturaleza - exige reconocer al trabajador un auténtico derecho y no una posibilidad condicio- nada al arbitrio o a los criterios organizativos del empresario. Al tratar del ascenso hemos razonado la posibilidad de que un trabajador no esté interesado en el mismo y hemos definido que no puede ser obligado a aceptarlo. Las mismas o - análogas circunstancias que fueron citadas como explicación razonable de su nega- tiva al ascenso podrían originar el deseo de ocupar un puesto de inferior catego- ría. Entendemos que la simple conveniencia del trabajador no constituye título - bastante para exigir el cambio, pero que la imposibilidad o la especial dificul- tad sobrevenida para continuar desempeñando el mismo puesto por pérdida de facul- tades sí que justifica el derecho a la reclasificación descendente, si bien supe- ditado a la concurrencia de los requisitos de incapacidad comprobada objetivamen- te, capacidad residual para el nuevo puesto y existencia de vacante en el mismo.

Nuestro derecho positivo no recoge con la suficiente energía este principio. Entre las principales Ordenanzas sólo las de CONSTRUCCION, OFICINAS y DESPACHOS, y QUIMICAS, contienen una formulación del derecho mínimamente aceptable. Las dos primeras en los artículos 114 y 29 respectivamente utilizan las expresiones "de-

berá ser destinado", "deberán acoplar" indicativas de una auténtica obligación a cargo de las empresas, si bien las matizaciones introducidas a continuación desdibujan considerablemente esta obligación. La limitación de que "existan posibilidades para ello" o que "la empresa tiene disponible puesto" en la práctica dificulta enormemente el ejercicio del derecho reconocido al trabajador. La Ordenanza de QUIMICAS, art. 38, omite cualquier limitación al taxativo precepto "las empresas acoplarán al personal con capacidad disminuida". Sin embargo la lectura atenta del citado artículo confirma que el derecho a ocupar puestos de inferior categoría se supedita a la existencia de los mismos ya que se dan normas sobre preferencias para ocuparlos, lo cual es una muestra de realismo, del mismo modo que es muestra sinceridad la eficaz medida adoptada por el artículo siguiente que reserva obligatoriamente las plazas de subalternos a los trabajadores que, por defecto físico, enfermedad o edad avanzada, no pueden seguir desempeñando su oficio con el rendimiento normal, y siempre que carezcan de pensión. Las restantes Ordenanzas utilizan fórmulas diversas indicativas de una menor exigencia, expresando incluso algunas, una clara opción empresarial, así la de TRANSPORTES, art. 56, que establece "las empresas podrán acoplar al personal cuya capacidad haya sido disminuida por la edad u otras circunstancias".

La doctrina española apenas se ha ocupado de estos temas, SAGARDOY escribe "No veo hoy por hoy, y con la base en nuestro derecho positivo, razón jurídica que apoye la obligatoriedad contractual de formar al trabajador afectado por la imposibilidad sobrevenida, para trabajos propios de distinta categoría profesional, y aunque pueda ejecutarlos con perfección". Para ello están las normas ya citadas, de asunción obligatoria de los trabajadores minusválidos" (54). Y ante la imprecisión o vaguedad de las expresiones utilizadas por gran número de ORDENANZAS, SALA FRANCO se inclina por la interpretación favorable al trabajador siempre que la redacción no sea claramente opuesta y se apoya en "la ratio legis" o interés protegido por el precepto: evitar el cese del trabajador mediante un cambio de destino del mismo (55). Nosotros postulamos la misma interpretación, si bien somos conscientes de que de poco sirve reconocer esta facultad al trabajador mientras no se arbitren los medios legales y materiales que posibiliten su actualización. La insuficiencia de la norma en esta materia no plantea problemas áridos de interpretación, sino de existencia de instrumentos ajenos a la empresa eficaces para determinar las facultades perdidas y residuales y los puestos de trabajo reservados.

(54) SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "La Ineptitud ..." oit. pág. 31.

(55) "La movilidad ..." oit. pág.

D) FACULTAD EMPRESARIAL PARA EXIGIR LA RECLASIFICACION IN PETUS.

La cuestión de si la disminución de capacidad por desgaste físico o enfermedad faculta al empresario a imponer la adscripción del trabajador a un puesto de inferior categoría no encuentra una respuesta clara en la mayoría de las Ordenanzas, las cuales o no mencionan esta clase de movilidad o lo hacen sin utilizar expresiones que fundamenten un indubitable derecho del empresario. Entre las más importantes sólo las de CONSTRUCCION, art. 115, y TRANSPORTES, art. 56, proclaman la exigibilidad del cambio, que por otra parte matizan estableciendo la posibilidad de recurso ante la Autoridad Laboral por parte del trabajador disconforme. La Administración Laboral en algún caso ha determinado que la disminución de categoría en caso de pérdida de facultades por accidente no puede ser impuesto unilateralmente por el empresario (56).

Al margen del contenido de los artículos de las Ordenanzas que se ocupan del personal con capacidad disminuida entendemos que los criterios sobre los poderes empresariales en la materia aparecen suficientemente claros en el conjunto de nuestro derecho laboral. El trabajador se obliga a realizar un determinado trabajo con un rendimiento aceptable. El rendimiento mínimo, fijado de acuerdo con técnicas de evaluación o por una referencia a la costumbre (57), marca el límite de exigibilidad en su prestación. Rendimientos por debajo del mínimo suponen incumplimiento contractual de la obligación de trabajar mientras que los rendimientos superiores, aunque resulten más bajos que los obtenidos por otros mejor dotados, justifican si acaso reducciones de primas, pero nunca pueden desencadenar los efectos previstos para los incumplimientos contractuales. Consiguientemente entendemos que el trabajador cuyo rendimiento justificaría un despido procedente, a fortiori podrá ser obligado a desempeñar un puesto que comporte la reclasificación en una inferior categoría, mientras que en tanto se alcancen los mínimos exigibles la adscripción definitiva a dichos puestos requiere la aceptación del interesado.

El reconocimiento de la facultad empresarial para imponer la movilidad descendente debe tener en cuenta el principio desarrollado en su momento de que este recurso extremo sólo se justifica una vez agotados todos los medios de evitarlo, incluidos el ascenso preferente y la formación profesional encaminada a la movilidad ascendente o lateral.

(56) Res. DGOT 6-7-66, en BOMT, julio 66, Ref. 7 - 187.

(57) ALONSO OLEA, M. "Introducción al Derecho del Trabajo", 2ª ed., Madrid-1.968, pág. 190.

E) EFECTOS ECONOMICOS DE LA RECLASIFICACION IN PETUS.

La adscripción del trabajador a un puesto de inferior categoría con carácter definitivo equivale a la reclasificación en dicha categoría, aún cuando la redacción de algunas normas sea ambigua o incluso explícitamente proclame la conservación de la categoría superior. Resulta más exacto aludir a la conservación de la retribución inherente a la categoría que a la categoría misma. La clasificación profesional produce efectos muy diversos, que básicamente se reconducen a los económicos y a los de limitación del trabajo exigible. Los primeros fácilmente pueden desvincularse de la categoría y cabe ostentar una y devengar las retribuciones propias de otra. En cambio no tiene sentido que el trabajador sea encuadrado en una categoría y que su haz de derechos y obligaciones en cuanto a la clase, tiempo y forma de prestación de su trabajo se rija por criterios normativos y usuales correspondientes a otra. Tampoco tiene sentido que en la plantilla de la empresa un trabajador ocupe plaza en una categoría cuyos trabajos no realiza. Lo lógico es que si se le atribuyen permanentemente funciones de inferior categoría provoque una vacante en la sustentada hasta entonces. En base a estas razones entendemos que incluso cuando en la norma legal o contractual aplicable leamos que el desempeño de funciones inferiores por disminución de capacidad se realizará respetando la categoría debe interpretarse que la movilidad no afectará a la retribución. En este caso resultaría irrelevante que por consideración al trabajador se le siguiera atribuyendo nominalmente la anterior categoría, siempre que no tuviera más efectos que los retributivos. Otra interpretación nos llevaría a resultados absurdos, por ejemplo que quien pasa a desempeñar funciones de vigilante nocturno pretendiera el mismo horario que el grupo de personal de su categoría anterior, que a efectos de cubrir porcentajes obligatorios en la plantilla se le considerase incluido en la categoría cuyos cometidos no realiza o que en caso de cese se le exigiera el plazo de preaviso de la misma (58).

Cuando se produce una adscripción a puesto de inferior categoría por merma de facultades más importante que determinar si conlleva una efectiva reclasificación resulta investigar las escuelas económicas de la movilidad. A este respecto el Decreto de 30 de abril de 1.970 sobre trabajadores de edad madura reconoce el respeto a la categoría y a la retribución del trabajador. La Orden de 9 de mayo-

(58) Las disposiciones de carácter general aplicables al cambio de puesto de trabajo sustentan criterios distintos. Mientras que el derecho de 30-4-70 entiende que los trabajadores conservarán su categoría, la Orden de 9-5-62 prevé la asignación de una nueva categoría. Extrañamente RODRIGUEZ SANTOS, J.B. "Comentarios ..." cit. pág. 88, sostiene que el trabajador afectado por esta última disposición, es decir el enfermo profesional, sigue ostentando su primitiva categoría profesional si bien sólo "de iure", ya que "de facto" desempeñará el cometido de una categoría distinta.

de 1.962, art. 45, reconoce al enfermo profesional el derecho a percibir el mismo salario que venía percibiendo, excepto las retribuciones ligadas directamente a la producción que fueran exclusivas del puesto de procedencia. Según el mismo artículo en circunstancias económicas especiales para la empresa y a solicitud de esta, la Delegación de Trabajo podrá autorizar la reducción del salario. RODRIGUEZ SANTOS, J.B. advierte que el procedimiento para acordar la reducción debe ser establecido con carácter general para modificación de condiciones de trabajo (59). Las Ordenanzas Laborales no mantienen criterios uniformes. Son bastantes las que omiten cualquier referencia al tema. Entre las que lo abordan sólo las de HOSTELERIA, art. 27 y COMERCIO, art. 41, otorgan derecho a mantener el salario, si bien no aclaran si se refieren a todos los posibles conceptos retribuidos. Las de CARNICAS, art. 78, CONSTRUCCION, art. 113 y QUIMICAS, art. 38, determinan el salario que se acomodará al nuevo puesto. Un tercer grupo de Ordenanzas, constituido por las de ACEITE, art. 30, SIDEROMETALURGICA, art. 25 y TRANSPORTES, art. 56, adoptan soluciones intermedias.

Por nuestra parte entendemos que un tratamiento razonable del problema, requiere enfocarlo desde la dimensión de las causas que han originado la incapacidad para el trabajo.

— En ocasiones la incapacidad para seguir prestando un trabajo ha tenido origen en la prestación misma, como se evidencia en los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (60). También puede rastrearse el mismo origen en el deterioro de facultades por el transcurso del tiempo e incluso en algunas enfermedades no profesionales. Puede afirmarse que si algunos trabajadores al alcanzar la edad madura se sienten imposibilitados de continuar realizando su trabajo habitual es debido a que precisamente este trabajo especialmente duro, ha contribuido poderosamente a menguar sus fuerzas. Bajo otro punto de vista no cabe omitir que la mayoría de los trabajadores son técnicamente susceptibles de realización más cómoda siempre que la empresa realice las adecuadas inversiones. Nos desviaríamos notoriamente de la línea trazada a nuestra investigación matizando y completando las anteriores afirmaciones y analizando los aspectos de la responsabilidad en que puede incurrir el empresario que no adopta medidas eficaces para impedir los hechos productores de las incapacidades y el de los límites que la situación económica impone a un razonable deber de protección. Lo importante

(59) "Comentarios ..." cit. pág. 89.

(60) El texto refundido de la Ley de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1.974, incluye las definiciones siguientes: "Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena" y "se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado". (arts. 84 y 85 respectivamente).

tante en nuestro razonamiento es la constatación de que no puede considerarse - producidas por causas ajenas a la empresa cualquier incapacidad sobrevenida oo mo a consecuencias inmediata o mediata del trabajo prestado a la misma al mar - ger de cualquier referencia a la culpa o negligencia (61).

- Cuando no se dan los presupuestos aludidos en el apartado anterior, la inoa pacidad debe considerarse ajena al empleador y, ya se vea forzado a ello o acoe da de buen grado, no existe apoyo legal ni ético para constreñirlo a ocupar un puesto de trabajo con una persona que le suponga un un incremento de coste adici onal.

Por último si el trabajador no colabora en la adopción de medidas tendentes a evitar la atribución de tareas inferiores (negativa a tratamientos médicos o quirúrgicos, negativa o notorio desinterés por realizar cursos de capacitación- rechazo de un traslado que no ocasione especiales molestias, sobre todo si es - dentro de la misma localidad, etc.) no se justifica el cargar sobre el empresa- río los efectos de la conducta del trabajador y entendemos procedente la asignaa ción de la retribución de la categoría inferior incluso concurriendo las cir - cuns tancias que permiten calificar la incapacidad como sobrevenida por causas - relacionadas con la empresa.

(61) Interesantes reflexiones sobre la delimitación de lo "posible" en la - adopción de medidas de seguridad e higiene por parte de el pueden consultarse - en FERNANDEZ MARCOS, L. "La Seguridad e higiene en el trabajo como obligación - contractual y como deber público" Madrid, 1.975, pág. 101.

La clasificación del trabajador dentro de una categoría predetermina una parte de sus derechos y obligaciones, tanto de los que podemos considerar básicos, como de otros muchos derivados y accesorios (1). Incluso extiende su influencia fuera - de los límites de la relación laboral. La Sociología ha puesto de manifiesto insistentemente la trascendencia de la clasificación profesional como índice y fuente - de prestigio social (2). Se ha destacado cómo la valoración social de la categoría profesional es todavía más fuerte que la limitada al ámbito interno de la empresa - y cómo en el seno de la empresa la realidad fáctica de la división por categorías - se sobrepone a los intentos de amlarla por medio de normas. GIUGNI después de con - tratar los criterios del derecho comparado en cuanto a la clásica distinción en - tre obreros y empleados, pudo constatar que en aquellos países donde excepcional - mente se ha suprimido la diferenciación jurídica, no se ha cancelado del todo la - diferencia social (3). Una manifestación de la aceptación por parte del Derecho La - boral del diferente status social que corresponde a la diversidad de categorías, - se encuentra en el dato de la fijación de dietas de distinta cuantía en función de la categoría, extremo este que será desarrollado en su momento.

España es precisamente un país donde las diferencias entre obreros, empleados - y otros grupos de similar referencia caracterizadora no son muy marcados. En otros países alcanzan cotas más elevadas. La observación de las mismas ha hecho escribir a CAMERLYNCK y LYON-CAEN que en ninguna otra rama del Derecho es tan ilusorio el - mito de un Derecho común. En Francia los convenios colectivos incluyen estatutos - particulares para los distintos grupos profesionales, mediante el recurso a cláusu - las y anexos (4). El Derecho belga aplica fuentes jurídicas independientes a traba - jadores y empleados y distingue entre contrato de trabajo y de empleo (5).

(1) ALONSO OLEA, M. "Derecho del Trabajo" ed. Madrid, 1.976, pág. 175.

"De la cualificación con que se contrata a un trabajador y en virtud de la - cual se le clasifica profesionalmente dependen sus obligaciones básicas (la presta - ción o trabajo concreto que se le exige) y sus derechos básicos (en cuanto que el salario depende en gran medida del tipo de trabajo)". Alusiones a las amplias e in - tensas repercusiones de la clasificación profesional sobre toda la vida del contra - to laboral pueden citarse en cantidad abundante. Así HERRERO, B. "Problemas jurídi - cos que plantea la categoría en el ordenamiento laboral español", Rev. de D. del - T., 1.954, n.º 4, pág. 68; RODRIGUEZ PINERO, M. "Problemas del rendimiento y clasi - ficación profesional, paros encubiertos y crisis tecnológicas" (Coloquio sobre mo - vimientos migratorios interiores y exteriores. Su relación con los desarrollos tec - nológicos y con los programas de formación profesional en España y en USA". Madrid, 1.964, pág. 27.

(2)

BORRAJO DACRUZ, E. "Introducción al Derecho Español del Trabajo", 4.ª ed., Madrid - 1.975, pág. 23.

(3) "Le categorie dei prestatori di lavoro: panorama comparativo", en Rev. - Trm. dir. proc. civ. 1.966, pág. 844

(4) "Derecho del Trabajo", traducción española, Madrid 1.974, págs. 22 y 433.

(5) GAMILLSCHE en artículo sobre "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social" en "Marxismo y Democracia" Derecho 1, Madrid, 1.975, pág. 97

En Italia la distinción establece una profunda disección en la normativa laboral-
(6).

Sin insistir en las repercusiones sociológicas de la clasificación profesional vamos a estudiar separadamente y con la debida amplitud los efectos sobre la relación laboral, especialmente la prestación de trabajo y la remuneración, sobre la seguridad social y sobre la sindicación.

1. SOBRE EL TRABAJO EXIGIBLE

Los elementos de la categoría profesional son la función encomendada y el grado de perfección con que se realiza. Ambos se reflejan en todas las categorías, bien sea por su propia definición o en su consideración conjunta con el resto de las que se aplican en la empresa, y a través de ellos se realiza la delimitación-exigible, configurando dos importantes garantías laborales cuyo estudio abordaremos, considerando si el trabajador sólo se le pueden encomendar las funciones expresamente recogidas en su categoría profesional y si el rendimiento exigible se encuentra ligado al grado de perfección inherente a la misma. Por otra parte el respeto a la clasificación profesional no puede oscurecer la realidad del acentuado dinamismo que caracteriza a la empresa y que proviene de los cambios tecnológicos, la rotación del personal, la adaptación a las oscilaciones del mercado y de otros muchos factores. Se hace necesario, por tanto, precisar en qué medida y de qué manera la categoría profesional es susceptible de acomodación a las necesidades organizativas de la empresa.

1.1. LA DELIMITACION DE LA PRESTACION A TRAVES DE LA CATEGORIA

La doctrina ha puesto de manifiesto que la determinación de la prestación se realiza a través de una doble vía, la cualitativa y la cuantitativa (6-A). Ambos aspectos, sin embargo, señala GIUGNI, "no pueden ser presentados, como ocurre de costumbre, en una relación de contraposición o de exclusión recíproca" (6-B). Lo cierto es que la clasificación profesional repercute intensamente en ambos. El que constituye nota básica en la delimitación cualitativa de la prestación ha sido recalorado repetidamente, pero no puede olvidarse que así mismo repercute en la delimitación cuantitativa. Las dos afirmaciones serán desarrolladas a continuación.

(6) La bibliografía es casi interminable. Un elenco bastante completo puede consultarse en RAME "Le qualifiche dei lavoratori dell' industria secondo gli orientamenti della giurisprudenza", Milan, 1.970, págs. 339 s.

(6-A) PALOMEQUE LOPEZ, M.C. "El supuesto base ..." cit. pág. 81

(6-B) "Mansioni e qualifica ..." cit. pág. 124.

La categoría profesional persigue la determinación de la prestación exigible, de donde podría deducirse que todos los trabajos incluidos en la categoría que os tenta el trabajador le son exigibles y que contrariamente no está obligado a reali-zar los cometidos que no aparezcan relacionados en aquella. Ambas deducciones son inexactas. Por una parte el derecho a la inmutabilidad de las prestaciones puede generar importantes limitaciones a la realización de las funciones habituales, coincidan o no con las contratadas, aún cuando correspondan a la misma categoría, según se verá cuando abordemos el estudio del denominado poder de variación del em-presario. Por otra parte el trabajo exigible de manera habitual tampoco coincide siempre con el contenido de la categoría por dos razones básicas: la primera es la prelación concedida a la voluntad consensual de las partes sobre los esquemas legales de las categorías en la fijación de su contenido; la segunda, la forzosa inde-terminación inherente a todas o gran parte, al menos, de las categorías.

Los problemas derivados de un cambio de funciones son abordados en próximos apartados. En este momento nos limitamos a una consideración estática del carácter abierto o cerrado de la descripción de funciones y de la exigibilidad de la totali-dad de dichas funciones.

La clasificación profesional es el instrumento técnico a través del cual se in-dividualiza la prestación exigible al trabajador. En España todos los trabajadores deben ser clasificados necesariamente de acuerdo con el esquema de categorías que les sea legalmente aplicable, pero en ningún sitio se dice que la delimitación de las prestaciones concertadas deba coincidir exactamente con la de dichas catego-rías. La voluntad de las partes del contrato de trabajo puede plasmarse mediante la referencia a una categoría profesional o mediante una elaboración personal. Lo único que no pueden hacer es acordar la asignación de una categoría inexistente en la normativa aplicable o inferior a la correspondiente a las funciones contratadas. Por tanto la contratación y realización de unas funciones tiene la virtualidad, aun cuando no sea buscada e incluso sea rechazada por las partes, de encastrar al trabajador en una categoría preestablecida, si bien los efectos de esta categoría sólo alcanzarán al trabajador en lo que supongan de garantía mínima de la relación laboral, pero por encima de este nivel serán operantes únicamente a falta de una constancia expresa de la voluntad negociadora (7).

El juego de la voluntad de las partes en relación con el contenido de las cate-gorías puede manifestarse mediante recortes o ampliaciones de dicho contenido. De las varias funciones que contiene una categoría el trabajador puede ser contratado para ejecutar sólo una de ellas. Es por ejemplo, el caso de un administrativo contratado para confeccionar nóminas de salarios. También podría ser contratado pa-ra realizar las funciones de una categoría en general con expresa exclusión de al-guna de ellas. La fórmula, nada usual por cierto, aunque de incuestionable legali-dad, podría ser similar a la de el trabajador x prestará los servicios de oficial-

de mantenimiento, excluidos los relacionados con la electricidad. Por otra parte - también pueden contratarse funciones pertenecientes a distintas categorías, supuesto contemplado en la generalidad de las Reglamentaciones no desde la dimensión de su posibilidad, que se da por supuesto, sino como problema de determinación de la categoría aplicable.

Nos parece bastante clara la conclusión de que si por vía consensual se ha modificado el contenido de la categoría aplicable al trabajador, no se le podrán exigir todas las funciones de dicha categoría, sino solamente las concertadas, bien entendido que la ampliación o la reducción del ámbito de la categoría se ha podido efectuar tácitamente por la realización continuada de una mismas tareas claramente individualizadas. Contrariamente si la determinación de las funciones se ha realizado mediante una referencia a la categoría, el empresario puede exigir todas las funciones propias de la misma.

Pero el problema más frecuente que surge en el ámbito de las relaciones cotidianas estriba en la discrepancia sobre si una tarea no relacionada en la definición de la categoría puede ser exigida al trabajador, ya que las categorías normalmente incluyen una descripción de la ocupación no exhaustiva, porque resulta imposible abarcar todas las posibles tareas, de donde se desprende que un trabajador no puede rechazar la ejecución de una tarea por no estar descrita en su categoría. El principio general establecido en las Reglamentaciones es el de que el trabajador está obligado a realizar todos los cometidos que sean propios de su categoría, teniendo en cuenta que los mismos no se reducen a los enumerados en la definición: Este es el sentido de la fórmula utilizada por muchas Ordenanzas: "Son enunciados los distintos cometidos asignados a cada categoría o especialidad, pues todo empleado estará obligado a ejecutar cuantos trabajos le ordenen sus superiores dentro de los generales cometidos propios de su categoría profesional, sin menoscabo de su dignidad" (8). La declaración de si una tarea concreta está incluida en el ámbito de una determinada categoría constituye una cuestión de hecho que debe ser convenida en cada caso o sometida a la decisión de los órganos jurisdiccionales. Con independencia de las cuestiones contenciosas de carácter individual que puedan plantearse entre las partes del contrato y que deben ser resueltas necesariamente por los órganos de la Jurisdicción Laboral, es claro que la Dirección General de Trabajo puede por vía de interpretación y aclaración precisar el alcance del contenido de las categorías profesionales de las Reglamentaciones de Trabajo (9). Con un carácter orientativo pueden señalarse los siguientes criterios:

a) Criterio de la complementariedad. La primera regla que debe observarse es la de que el trabajador está obligado a ejecutar las tareas accesorias necesarias para poder llevar a cabo las que pudiéramos denominar principales y asimismo todas aquellas que forman una unidad inseparable con las que constituyen el núcleo básico de su actividad. (9bis)

b) Criterio de individualización de las tareas. Cuando las tareas accesorias, pertenezcan a otra categoría distinta o presenten un perfil claramente delimitado que las haga aptas para constituir el objeto específico de la prestación de otro trabajador, deberá tenerse en cuenta si la dimensión de la empresa permite la creación de un puesto independiente. Las Ordenanzas subordinan la exención de tener previstas todas las categorías a que las necesidades y volumen de la empresa no la requieran (10).

c) Criterio temporal. Las tareas complementarias han de ocupar períodos de tiempo breves en relación con la jornada del trabajador. Este criterio hace referencia al mismo punto del volumen de la empresa visto desde la vertiente del trabajador interesado y no desde las necesidades globales de la plantilla. Evidentemente si las tareas no tienen las suficientes entidades para constituir una ocupación específica podrán ser desarrolladas con una aplicación marginal.

(7) La prevalencia de la voluntad contractual de la parte sobre el contenido de la categoría ha sido destacada por VILLA, L.E. DE LA "Esquemas del Derecho del trabajo" Curso 1.972, pág. 315, que centra el tema con gran precisión". 1) - Inicialmente el empleador y el trabajador pueden concertar la prestación libre de todo trabajo en la medida en que no se atente a la ley, moral u orden público; 2) sin embargo si un trabajo específico no se determina, si el empleador se limita a calificar y clasificar al trabajador asignándole una categoría, sólo podrá exigirle posteriormente la prestación de las funciones de la misma".

(8) La cita está tomada de la Ordenanza de COMERCIO, art. 6º. En otras varias se repite con idénticas palabras o se modifica ligeramente la literalidad de la redacción. La Ordenanza de TRANSPORTES, art. 25, enuncia el mismo principio partiendo no de las obligaciones del trabajador, sino del contenido de la categoría: "El contenido de las definiciones ... pretende tan sólo recoger los rasgos fundamentales de las categorías definidas, sin agotar las funciones asignadas a cada una de ellas, que en todo caso serán las derivadas de las peculiaridades de la industria".

(9) Res. 26-3-69 (BOMT, Abril 69, R. 4 117) sobre obligaciones de los Ayudantes de Caja en Banca en cuanto al manejo de moneda extranjera. STS, CA. 22-11-67 (R. 3998), "quedando incluido indudablemente entre estos etcéteras, la tarea que fué encomendada".

(10) Ver por ejemplo la Ordenanza de QUIMICAS, art. 11, "Las categorías específicas anteriormente tiene carácter enunciativo y no implican la obligación de tener provistas todas ellas, si la necesidad y el volumen de la industria no lo requiere". Similares expresiones en MADERA, art. 59, TRANSPORTES, art. 6.

1.1.2. RENDIMIENTO EXIGIBLE DE ACUERDO CON LA CATEGORIA.

La delimitación cuantitativa se realiza a través de la fijación del tiempo de prestación del trabajo, pero no ello no constituye "sino una aproximación hasta el tema". La fijación de una remuneración por rendimiento tampoco es instrumento válido, por lo que se impone una remisión a la costumbre. La costumbre es la profesional y local, señala ALONSO OLEA, quien identifica esta costumbre con "los usos y costumbres de cada localidad en la especie y categoría de los servicios y obras de que se trate" (LCT, art. 9º, 3º) (10-A), a que se refiere el art. 9º, 3º de la Ley de Contrato de Trabajo. El impecable razonamiento nos ha conducido a la categoría profesional como elemento de fijación del rendimiento del trabajador.

La doctrina ha elaborado el concepto de deber de rendimiento o diligencia (10-B). Este deber se apoya en el art. 60 de la Ley de Contrato de Trabajo, - el cual a su vez señala que la "medida de esta diligencia estará determinada por la especialidad habitual del trabajo". Entendemos que la especialidad habitual del trabajo viene delimitada por la clasificación profesional y por ello compartimos plenamente la afirmación de BAYON CHACON, G. y PEREZ BOTIJA, E. de que "el trabajador procurará el rendimiento mínimo, propio de su categoría y especialización profesional" (10-C).

La correlación existentes entre categoría y "quantum" de la prestación ha sido recogida de alguna forma en las Reglamentaciones del Trabajo. Unas veces en la definición de categoría se señala expresamente que deben realizarse las funciones con el adecuado rendimiento, aunque no se precise cuál sea este - (10-D). Otras se señala incluso el nivel de rendimiento que corresponde a cada una de las categorías. El ejemplo más claro es el de los trabajos de mecanografía, según puede comprobarse prácticamente en todas las Reglamentaciones. A veces por último, se parte de la idea de que los trabajos que comprenden el contenido de la categoría pueden ser realizados casi por cualquiera y que lo que caracteriza a los poseedores de las categorías correspondientes no es el saber hacerlos sino el saber hacerlos con la rapidez necesaria para alcanzar un rendimiento correcto (10-E).

(10-A) "Introducción del Derecho de Trabajo", 2ª ed., Madrid 1.968, págs. 188 s. y "Derecho del Trabajo" cit. pág. 171.

(10-B) Ambos se identifican unas veces (BAYON CHACON, G. y PEREZ-BOTIJA, E. "Manual del Derecho del Trabajo, 6ª ed. Madrid 1.966, pág. 522) y otras se configuran independientemente (ALONSO GARCIA, M. "Curso del Derecho del Trabajo" 5ª ed. Barcelona 1.975, págs. 483 y 488).

(10-C) "Manual ..." cit. pág. 523.

(10-D) Por ejemplo, CARNICAS, art. 15, para los oficiales de oficios propios de la industria.

(10-E) Así la Ordenanza SIDEROMETALURGICA en relación con los especialistas (Anexo 2).

1.2. CLASIFICACION PROFESIONAL Y IUS VARIANDI

La empresa por su propia naturaleza y por los fines que persigue es lo más ale
jado que pueda imaginarse a un ente estático. Su inmersión en un mundo esencialmen
te dinámico, el servicio a un mercado sujeto a continuos cambios y la necesaria -
utilización de unos medios de producción en incesante evolución convierte en la -
función empresarial en una tarea de renovación ininterrumpida. El dinamismo afecta
de lleno al elemento humano cuya actividad utiliza y coordina el empresario. Y es
este elemento humano precisamente el que ofrece una menor elasticidad al cambio.
Un producto deja de tener aceptación en el mercado se cambia por otro. Si la deman
da se intensifica o se contrae en un momento dado, las maquinas pueden mantenerse
en funcionamiento durante mayor o menor número de horas. Pero no son tan fáciles -
las decisiones empresariales en relación con los trabajadores, en quienes concu -
-rren factores físicos (resistencia corporal, necesidad de atender a sus necesida
des vitales sin interrupción) y morales (el respeto a su dignidad y consideración
humana) que impiden que sea manipulado como mera herramienta de trabajo. Con base
en la dignidad del trabajador, pero sobre todo en la voluntad concordada de las -
partes del contrato, la clasificación profesional se muestra como elemento protep
-tor del trabajador contra el cambio. He aquí uno de los aspectos en que más inten
samente enfrentados aparecen las necesidades organizativas de la empresa y los de
-rechos del trabajador. La categoría profesional entraña una conoreción legal de -
las tareas asignadas a los trabajadores lo cual supone una garantía frente a posi
-bles abusos, garantía que constituye precisamente fundamentos de la clasificación
profesional, engarzándose en la propia naturaleza libre del contrato de trabajo. -
Al mismo tiempo no puede soslayarse que coarta las facultades organizativas que se
le deben reconocer y de hecho se le reconocen al empresario para que realice con -
éxito su función directiva. Una total discrecionalidad en la distribución de ta
reas dentro de la empresa se presta a extralimitaciones de casi imposible control
y por otra parte un encasillamiento rígido de las tareas de los trabajadores den -
-tro de moldes prefijados provoca la paralización de la empresa tanto más pronto -
cuanto más rápidamente evoluciona la tecnología.

Una primera aproximación a la solución del problema exige diferenciar los cam
bios definitivos que afectan a la propia categoría profesional de aquellos otros -
temporales que pueden resolverse mediante una transitoria desvinculación entre la
categoría y algunos de sus efectos (15). La sustitución definitiva de una función
por otra correspondiente a una categoría diferente entraña una auténtica novación
que sólo puede llevarse a cabo mediante un acuerdo o con el apoyo de un imperativo
legal. En cambio, el encargo de tareas distintas con carácter circunstancial o en
medida tan reducida que no afecta al núcleo básico de las que habitualmente se reg
lizan no parece que pueda supeditarse al consentimiento de la otra parte o a un -
complicado procedimiento administrativo. La realidad cambiante de la empresa hace
que frecuentemente resulte necesaria la ejecución de tareas no habituales o que no

pueden ser desempeñadas por las personas que habitualmente las realizan. En estos casos no siempre el empresario puede acudir al recurso de encomendarlas a trabajadores que ostenten una categoría adecuada y por otra parte el atender a estas necesidades mediante ascensos o mediante la contratación de nuevo personal presenta los inconvenientes de que o bien no puede conseguirse con rapidez o supone incrementar las plantillas excesivamente en relación con la actividad normal o contribuye a distorsionar éstas, solucionando un problema inmediato y creando una divergencia cada vez más pronunciada entre categorías y ocupaciones reales. La solución de esta aporía se ha intentado otorgando al empresario la facultad de variar la prestación exigible para adecuarla a las tareas que transitoriamente deben ser ejecutadas. A este respecto la doctrina ha elaborado el concepto de poder de variación o *ius variandi* según la terminología latina comúnmente utilizada.

Esta figura jurídica ha alcanzado plena ciudadanía en el Derecho Laboral por la continua utilización que de la misma viene haciendo la doctrina, tanto es así que podemos afirmar que nos encontramos ante una institución netamente *iustlaboris*, no porque sea exclusiva de este ámbito, sino por la importancia doctrinal y práctica que en el mismo presenta (16). En nuestra doctrina el *ius variandi* fue definido por PEREZ BOTIJA como "la potestad del empresario de alterar los límites de la prestación de trabajo" y la misma o análoga definición ha sido recogida por la generalidad de los autores (17). El contenido del *ius variandi* es más amplio que el de nuestra investigación, ya que abarca cualquier alteración de lugar, tiempo, forma o clase de prestación.

La figura más próxima al *ius variandi* es la novación, de la cual, sin embargo se distingue nitidamente por una nota esencial diferenciadora, cual es la intervención del consentimiento de las partes.

(15) En la sistemática de nuestra investigación esta diferencia se consideratán sustancial que abordamos ambos aspectos en capítulos distintos e incluso bajo una perspectiva diferente. En el presente capítulo, dedicados a los efectos de la clasificación profesional, incluimos las variaciones temporales, mientras que las definitivas se estudian en el capítulo anterior bajo el epígrafe de modificaciones de la categoría profesional.

(16) MONZON, M.D. "En torno al *ius variandi*" Der. de Tr. n.º 4, 1.956, pág. 303. Un profundo análisis de otros contratos en los que puede traslucirse el *ius variandi* ha sido realizado por GIUGNI en "Mansion e qualifica ..." cit. págs. 235 s

(17) PEREZ BOTIJA, E. "Curso de Derecho del Trabajo", Madrid, 1.948, pág. 163 NAPOLI, R.A., "Modalidades del *ius variandi* en el contrato de trabajo" en "Derecho del Trabajo" (Buenos Aires), 1.974, mayo n.º 5, pág. 212, "La facultad que tiene el empresario en mandar alterar y hasta suprimir parcialmente el trabajo de un subordinado en la empresa"

(18) Por vía de ejemplo, pueden consultarse, CARRERA BAZAN, J., "La novación ilícita del contrato de trabajo" Sevilla, 1.963, pág. 64; RIVERO LAMAS, J., "La novación del contrato de trabajo", Barcelona, 1.963, pág. 133. MONTOYA MELGAR, A. "El poder de dirección del empresario", Madrid, 1.965, pág. 164.

La novación surge del acuerdo de ambas y presupone la insuficiencia de cada una de ellas aisladamente para imponer su voluntad a la contraria, mientras que el ius variandi es la manifestación de una posición de supremacía de una de las partes, el empresario, que obliga al trabajador a aceptar el cambio que se le impone. La distinción ha sido puesta de relieve por la generalidad de la doctrina con una uniformidad que ahorra cualquier insistencia (18).

Otras notas que se han subrayado como diferenciadoras de ambos institutos jurídicos si requieren una mayor precisión en su enunciación. Nos referimos concretamente al carácter principal o accesorio de las prestaciones y a la temporalidad. Las prestaciones principales, o más claramente la categoría misma, sólo pueden modificarse por novación consensual y nunca por un acto unilateral del empresario. Asimismo cualquier modificación definitiva de las funciones encomendadas (19). Ello no quiere decir sin embargo que el carácter accidental o temporal de la mutación corresponda en todo caso al ejercicio del ius variandi empresarial, porque si el consentimiento de ambas partes es eficaz para cambiar lo más no se ve razón alguna para restringir su eficacia en lo menos (20). Lo que ocurre es que los cambios accesorios y temporales cuando se efectúan por mutuo acuerdo no ofrecen problema alguno y por eso no merecen más consideración que la que marginalmente hemos efectuado para aclarar el concepto de ius variandi.

En cuanto a la naturaleza del ius variandi la casi totalidad de la doctrina española coincide en encuadrarlo como una manifestación del poder de dirección del empresario. Así ALONSO OLEA, CABRERA, MONTOYA, MONZON, RIVERO LAMAS y VILLA (21). Tesis minoritaria es la de RODRIGUEZ PIÑERO y VALDES favorable a la configuración autónoma del ius variandi (22). Para algún autor el ius variandi pertenece al poder disciplinario del empresario (23).

(19) MONTOYA MELGAR, A. "El poder de dirección", cit. pág. 162, nota 45, "Si el cambio de categoría es pasajero, existe ius variandi; si definitivo, novación del contrato". La distinción entre cambio circunstancial e indefinido se reconoce nitidamente en la VTS, CA, 2-7-70 (R. 3450).

(20) La temporal mutación de funciones por acuerdo mutuo se recoge por GIUGNI en "Mansioni e qualifica ..." cit. pág. 377.

(21) ALONSO OLEA, M. "Derecho del Trabajo" cit. pág. ; CABRERA, J., "La novación ..." cit. pág. 64; MONTOYA MELGAR, A., "El poder de dirección...", pág. 157 y nota 164; MONZON, "En torno ..." cit. pág. 302; RIVERO LAMAS, J., "La novación..." cit. pág. 133; VILLA, L.E. DE LA, "Esquemas...", cit. pág. 310.

(22) RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Apunte de Derecho del Trabajo", Sevilla, pág. 182; VALDES DAL-RE, F. "La ruptura del principio de correspondencia, función categoría por ejercicio del ius variandi empresarial" Rev. Pol. Soc. n.º 103, julio sep. 1.974, pág. 16

(23) NAPOLI, "Modalidades del ius variandi en el contrato de trabajo" "Derecho del trabajo" (Buenos Aires), mayo 1.947, pág. 212

La diferenciación entre poder de dirección y *ius variandi*, no agota su interés en el plano meramente especulativo y de sistematización conceptual, ya que una importante corriente doctrinal los independiza precisamente para justificar la negación del último. SUPPIET resume las posturas al respecto en los siguientes términos: "la tesis según la cual tal poder no podría ser eliminado, sino eliminando la realidad de la empresa en que se desenvuelve la organización del trabajo por cuenta ajena, denuncia una confusión entre *ius variandi* y poder directivo, que hunde sus raíces en una errónea configuración de las características de este último, como es aquella que lo define como poder de elección entre obligaciones alternativas, ante que como poder de determinación de una obligación parcialmente genérica. En sentido contrario vale recalcar que el poder de dirección constituye un elemento ineliminable tanto de la empresa como del contrato de Trabajo, que sin el se transforma necesariamente en contrato de otra naturaleza; mas no es elemento ineliminable, ni de la empresa ni del contrato de trabajo el *ius variandi*, que no es el poder de determinar en cada momento la actualidad exigible en el ámbito de las funciones contratadas sino de modificar unilateralmente las funciones contratadas" (24).

El equilibrio entre los intereses contrapuestos del empresario y del trabajador en materia de modificación de la prestación laboral no se obtiene suprimiendo en *ius variandi* sino encauzándolo. Aún admitiendo la conveniencia de su existencia, una elemental sinceridad postula reconocer que si no se limita convenientemente, los trabajadores encontrarán en la categoría profesional una fuente de obligaciones más que de derechos. La estabilidad en el puesto de trabajo garantizada básicamente por las normas que les protegen contra despidos injustificados quedaría muy debilitada sin el complemento de las que tienden a evitar injustificadas alteraciones de la función contratada (25), la necesidad de limitar el *ius variandi* es incuestionable y se encuentra recogida, con mayor o menor energía en cuantos han abordado el tema, aún cuando también reconozcan que no es fácil fijar los límites (26)

La limitación del *ius variandi* empresarial puede seguir dos vías según que afecte a su ámbito o al modo de ejercerse. Hasta ahora ha prevalecido la propensión marcada por la legislación de todos los países a limitar el *ius variandi* reduciendo los supuestos en que puede ser aplicado, si bien últimamente la doctri-

(24) "I poteri dell' imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori" (Actas del IV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo - Asociación Italiana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social) Milán, 1.972, pág. 40.

(25) Con referencia a la legislación italiana CONSTANZO "Statuto dei lavoratori" Milán 1.974, pág. 74, "si la ley 15 julio 1.966 n° 604 y consiguientemente el art. 18 del Estatuto, tiene por objeto tutelar al trabajador del espectro del despido injustificado, garantizando así la conservación del puesto, el art. 13 - tiende a garantizar la permanencia en el puesto ocupado"

(26) NAPOLI "Modalidades del *ius variandi* en el contrato de trabajo", "Derecho del Trabajo" Buenos Aires, mayo 1.947, pág. 215.

na apunta a la segunda vía que se nos ofrece más fecunda. En este, el significado que entendemos deben atribuirse a las observaciones de MONTTOYA sobre la atenuación del poder de dirección y en SALA FRANCO sobre el control democrático(27) En la misma línea debe destacarse el protagonismo que deben asumir las organizaciones sindicales para ir acomodando constantemente los cambios tecnológicos de la actividad productiva a los intereses de los trabajadores (28).

En los últimos años asistimos a una profundización en el tema de la protección de la categoría del trabajador que pone de manifiesto la insuficiencia de criterios estáticos que se limitan a garantizar la estabilidad en el puesto de trabajo. Al dinamismo de la empresa no se opone el anquilosamiento del trabajador, ya que si una perfectibilidad inherente a la organización de aquella la empuja hacia una transformación constante, la naturaleza humana del trabajador exige el desarrollo de su personalidad profesional. Una tutela dinámica de la categoría del trabajador no debe reducirse a protegerla contra el cambio injustificado, si no que ha de pretender el desarrollo de su carrera profesional. En esta vertiente adquiere primaria consideración la profesionalidad entendida como conjunto de conocimientos de base, conocimientos profesionales específicos y experiencia adquirida (29).

El trabajador no debe ser valorado solamente por las funciones que presta sino por los conocimientos que posee en el momento de contratar sus servicios e incluso por los que puede ir adquiriendo a lo largo de su vida profesional, reocalándose que no sólo puede sino que tiene derecho a adquirirlos. Consiguientemente la retribución del trabajador debe considerar no solamente las funciones desarrolladas sino también las cualidades personales y los conocimientos del trabajador que se irán actualizando a lo largo de su vida profesional (30). La valoración del trabajo potencial del trabajador ha surgido en parte como reacción contra el fenómeno de la creciente mecanización que reduce la función del trabajador a operaciones repetidas y simples, repercutiendo negativamente en la categoría profe-

(27) MONTTOYA, A. "El poder de dirección ..." cit. pág. 29 "Esta unilateralidad parece atenuarse, especialmente en el plano de las relaciones masivas de trabajo; en ellas, como tendremos ocasión de ver, comienza a introducirse una tendencia a superar la clásica unilateralidad del poder empresarial, concediendo una participación más o menos amplia a los trabajadores en la formación de las decisiones de dirección". SALA FRANCO "La movilidad del personal dentro de la empresa", Madrid, 1.973, pág. 15, nota "Hoy día aparece clara en todos los órdenes del mundo laboral, en los medios y en los fines, la tendencia hacia un enfoque de los problemas caracterizado por una lógica democratizadora que persigue la exigencia de un control democrático que, dentro de la empresa, logre contraponerse a la lógica autoritaria de la Organización empresarial".

(28) La observación es de SCOGNAMIGLIO, en "Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali", Milán, 1.975, (Actas de las Jornadas de estudio de Pisa, 1.973 - Asociación Italiana de Derecho del Trabajo)

(29) VENEZIANI, "Mansioni e qualifiche ..." cit. pág. 108

(pág. 167)

(30) PESSI, "Mansioni e qualifiche ..." cit. pág. 182

sional. Las organizaciones sindicales oponen un nuevo frente de lucha en la consideración de la categoría, omitiendo la insistencia en la consolidación de la misma y persiguiendo la meta más ambiciosa de conseguir la valoración de su contenido profesional y la promoción del trabajador (31). Enfocado el ius variandi desde esta perspectiva no se niega su existencia, pero se tiende a que contribuya al desarrollo de la personalidad profesional del trabajador.

Enriquece asimismo la visión del tema, la consideración de que la necesidad de la empresa que justifica la actualización del ius variandi no siempre deriva de situaciones objetivas ajenas a los trabajadores, sino que frecuentemente la causa de las variaciones radica en los propios trabajadores, como ocurre siempre que se trata de sustituir a ausentes, si bien las ausencias, cuando está reconocidas por una norma legal o contractual, constituyen un derecho reconocido al trabajador al margen de que pueda no ser sustituido y por ello el acto de encomendar a otro las funciones del ausente no tiene por finalidad posibilitar su ausencia sino corregir los posibles inconvenientes que de la misma se deriven para la buena marcha del negocio. En ocasiones sin embargo, es el propio interés inmediato de los trabajadores el que constituye la necesidad de la empresa que justifica los cambios de funciones de nuestro trabajo. Si, a pesar de ello, estos cambios se llevan a efecto como consecuencia del ejercicio del ius variandi y no de acuerdos voluntarios es porque, aún cuando las alteraciones se basen en la conveniencia de los trabajadores, pueden afectar a trabajadores que no se sienten solidarios con el interés de sus compañeros o que resultan perjudicados por circunstancias de tiempo y lugar. Los ejemplos de lo que acabamos de afirmar son numerosos. Piénsese en primer lugar que el empresario se mostrará mucho más propicio a conceder permisos discrecionales si cuenta con la posibilidad de suplir al ausente mediante la variación de la tarea de otros trabajadores. Por otra parte la rotación en los puestos de trabajo más duros y desagradables humaniza la prestación, así como la rotación que busca el contacto con diversas tareas es muchas veces la única manera de que el trabajador adquiera una formación profesional que le abra el camino a ulteriores ascensos (32).

La supresión de la antinomia entre el poder de variar las tareas y la inmovilidad de las funciones contratadas puede superarse mediante la solución de

(31) SCOGNAMIGLIO "Mansioni e qualifiche ..." cit. pág. 30. GERMANO, en la misma publicación, pág. 193, afirman que la tutela de la profesionalidad es uno de los aspectos más salientes que han caracterizado la contratación colectiva - en los últimos años (se refiere al trienio anterior a 1.973). En su comunicación se encuentran datos interesantes sobre el contenido de algunos Convenios.

(32) En Italia en los últimos años algunos Convenios colectivos han incluido la programación de la rotación en los puestos de trabajo. Pueden verse varias referencias a estos acuerdos en GIUGNI "Mansioni e qualifiche ..." cit. - pág. 197.

negar cualquiera de los dos miembros del dilema, en cuyo caso elementales consideraciones en torno a la supremacía de los valores humanos sobre los de índole material nos llevaría inexorablemente a negar el *ius variandi*. La justificación de la existencia de dicho poder se ha fundamentado en considerarlo presupuesto ineludible para el correcto funcionamiento de la empresa, llegándose a estimar que sin él habría ocasiones en que se vería comprometida la existencia de la misma (33). Este razonamiento admitido pacíficamente por la doctrina clásica iuslaboralista, recientemente ha sido puesto en entredicho. Así SUPPES - sostiene que aún admitiendo el peligro de un grave perjuicio para la empresa, si el legislador en un determinado momento histórico ha protegido el poder modificativo a beneficio de la empresa y con posible sacrificio del trabajador, en lo sucesivo podría alterar este criterio. La eliminación del *ius variandi* - supone diferenciar dicho poder y el poder de dirección, ya que mientras aquel, se afirma, persigue la modificación unilateral de las funciones concertadas - contractualmente, el poder de dirección tiene por objeto determinar una obligación parcialmente genérica. (34)

Un recelo excesivo contra el *ius variandi* empresarial nos parece algo alejado de la realidad viva en que se desenvuelven las relaciones laborales. Encontramos acertadas las observaciones de SCOGNAMIGLIO en el sentido de que no se trata de sacrificar lo más posible los poderes del empresario como si constituyesen un mal y un instrumento de opresión inevitable del trabajador. Lo importante es encontrar criterios de adecuación entre las exigencias de la empresa y las garantías de los trabajadores (35).

Hoy todavía los límites impuestos al *ius variandi* empresarial se concretan en la prohibición de ciertas alteraciones o en la exigencia de requisitos cuya concurrencia avale la conducta empresarial. Una medida bastante avanzada y que no parece debilitar excesivamente las facultades organizativas del empresario es la que consiste en prohibir en todo caso el encargo de funciones de inferior categoría, circunscribiendo el *ius variandi* a los planos de las funciones - equivalentes o superiores.

(33) ZANGARI, "I poteri dell' imprenditore ..." cit. pág. 114, "en una cierta situación el ejercicio del *ius variandi* podría ser elemento esencial, determinante de la vida o de la supervivencia de la empresa". RODRIGUEZ PINERO, M.- afirma incluso que las facultades reconocidas por el *ius variandi* no son suficientes para un desarrollo óptimo de la empresa. "El *ius variandi* es muy limitado, y por ello frente a esta necesidad de movilidad de la mano de obra dentro de la empresa, este obstáculo de clasificación profesional impide muchas veces progresos tecnológicos" "Problema de rendimiento ..." cit. pág. 31.

(34) "I poteri dell' imprenditore ..." cit. pág. 40.

(35) "I poteri dell' imprenditore ..." cit. pág. 120.

La postura más generalizada es la de configurar el *ius variandi* como un poder unilateral de carácter excepcional que sólo puede ejercitarse dentro de límites muy estrechos, pero sin que de raíz se prohíba de manera absoluta su ejercicio *in peius*. En este apartado debe incluirse nuestro derecho positivo, el cual subraya la excepcionalidad del supuesto mediante una explícita referencia a la transitoriedad del cambio y a la necesidad urgente. Por otra parte el reconocimiento legal del respeto a la dignidad del trabajador genera abundantes manifestaciones restrictivas al ámbito del *ius variandi*. Por último si se tiene en cuenta nadie está obligado a realizar prestaciones imposibles, *ad impossibilia nemo tenetur*, de este principio surge una tercera limitación de carácter general, cual es la de que la nueva función encomendada sea compatible con la aptitud técnica del trabajador. Las limitaciones inherentes al ejercicio del *ius variandi* empresarial aún cuando puedan y deban ser tratadas aisladamente, sin embargo requieren una aplicación conjunta ya que cada una de ellas es complementaria con respecto a las demás. Junto a las limitaciones aplicables en todo caso el ejercicio de *ius variandi*, la legislación impone otras muy concretas circunstancias a determinados supuestos. Vamos a referirnos seguidamente a las que deben respetarse en cualquier modificación, con independencia de su carácter horizontal o vertical ascendente o descendente, y posteriormente, en los apartados dedicados específicamente a los trabajos de la misma categoría o de otra equivalente o de superior o inferior insistiremos en los matices específicos que en cada caso puedan impregnar los límites generales. El estudio pormenorizado de los diversos supuestos nos servirá para comprobar cómo las severas restricciones impuestas al *ius variandi* por la Ley de Contrato de Trabajo han sido debilitadas por las Reglamentaciones. Ello ha merecido severas críticas de la doctrina que ha llegado a poner en entredicho la legalidad de las Reglamentaciones en esta materia (36).

(36) VILLA L.E. DE LA, "Esquemas ..." cit. pág. 316, "En las Reglamentaciones del Trabajo se ha desvirtuado, en casos concretos y a riesgo de ilegalidad esta garantía. SALA FRANCO, T. "la movilidad ..." pág. 40 "Esta situación excepcional ha sido extendida abusivamente por las Reglamentaciones de Trabajo y los convenios colectivos". En el mismo sentido se pronuncia ALBIOL MONTECINOS, I. "la resolución del contrato de trabajo por el trabajador", Valencia, 1.973, pág. 123.

a) La transitoriedad del cambio: Cuando LCT, art. 64, determina que el trabajador prestará un trabajo distinto del acordado sólo "pasajeramente", no hace sino recoger una de las notas caracterizadoras del ius variandi, si bien le caracteriza negativamente en cuanto que las variaciones definitivas no pueden imponerse unilateralmente. Consecuentemente el ius variandi no puede utilizarse para cubrir los puestos normales de la plantilla con carácter definitivo. El cambio de tareas obedecerá, por tanto, a motivos de sustitución en tanto no se incorpore el ausente o se cubra la vacante con carácter definitivo, o a la aparición de funciones imprevistas o a la realización esporádica de tareas no habituales.

b) Necesidad urgente. La calificación de urgente conferida a la necesidad que justifica el ejercicio del ius variandi desplaza la consideración desde la gravedad de los motivos en que se basa al de la rapidez con que debe ser atendida y la concreción de supuestos que realiza el art. 64 de la Ley de Contrato de Trabajo, "prevenir grandes males inminentes o de remediar accidentes sufridos", pone el acento de la inmediatez con que debe actuarse. Los grandes males deben ser inminentes, es decir que van a suceder muy prontamente, y el remedio se refiere a accidentes, en cuya solución todos entienden incluso intuitivamente que la rapidez de actuación es decisiva. No importa tanto la gravedad intrínseca de la necesidad cuanto al modo imprevisible en que se presenta (37).

Vemos, pues, que las dos excepciones reconocidas por el art. 64 de la Ley de Contrato de Trabajo a la inmutabilidad del trabajo corriente o habitual son de carácter temporal. Por una parte se requiere que a la necesidad no proceda un período de tiempo durante el cual pudieran tomarse las medidas oportunas para evitar la variación de tareas y por otra se insiste a que cuanto antes cese dicha variación. Ambos requisitos son complementarios en cuanto que lógicamente cuanto más urgente sea la necesidad, con menor rigor se exigirá la transitoriedad de la variación.

c) Respeto a la dignidad del trabajador. Se engarza en la naturaleza humana del contrato de trabajo. Encuentra apoyo legal en diversos textos constitucionales (38) y se formula expresamente en la Ley de Contrato de Trabajo, art. 75, 6 si bien no referido exclusivamente al ejercicio del ius variandi, sino en gene-

(37) VALDES DAL-RE, F. "La ruptura ..." cit. pág. 23 enumera algunos preceptos legales en los que se utiliza la expresión de urgente necesidad, aplicable en todos ellos a situaciones de especial excepcionalidad. Así el art. 145 del C sobre la obligación de dar alimentos; el art. 78 de la LCT sobre justas causas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato y el art. 4º de la Ley de Jornada Máxima Legal sobre autorización para la realización de horas extraordinarias.

(38) Fuero de los Españoles, art. 1, 25 y 26; Fuero del Trabajo, declaraciones 1, 2, III - 4, VIII - 2.

ral a las relaciones entre empleador y trabajador. Con una formulación formalmente negativa en el sentido de que la asignación de funciones no suponga dejación para el trabajador lo recogen algunas Ordenanzas. La ausencia de este requisito en la generalidad de las Ordenanzas (entre las que hemos seleccionado como más significativas, sólo aparece en la de CARNICAS, art. 77, y OFICINAS, art. 28) es expresiva de que resulta innecesario insistir en lo que está plenamente admitido no sólo por la Ley, sino también por el común sentir de los ciudadanos. La dificultad estriba en determinar cuándo la realización de una tarea supone vejación. De una manera espontánea tendemos a encuadrar el tema de la vejación en el supuesto de encargo de trabajos de inferior categoría. Este es el criterio de las Ordenanzas que hemos citado. Sin embargo puede plantearse el problema en relación con trabajos de análoga e incluso de superior categoría. Piénsese por ejemplo que encargar a un trabajador la realización de una función para la que está manifiestamente falto de preparación o de cualidades personales puede resultar motivo de bafa y de humillación. Lo cierto es que nos encontramos ante un tema vidrioso y difícil de encajonar en unas reglas medianamente precisas. Ante todo debe quedar muy claro que ningún trabajo físico y socialmente útil es indigno y por tanto es imposible relacionar ni siquiera aludir a unas tareas supuestamente degradantes para quien las realiza. Por tanto la calificación de un supuesto de variación de tareas como vejatorio no puede realizarse mediante la consideración del trabajo en sí, sino de las repercusiones que la nueva tarea puede tener en la consideración social del trabajador ante sus jefes, sus compañeros, sus subordinados y ante las personas ajenas a la empresa que se relacionen con él (39). VALDES, entiende acertadamente que la situación resultante del cambio de funciones puede calificarse de vejatoria a través de una doble vía: valorándolo comparativamente la entidad de unas y otras tareas o enjuiciando la posición moral en la que ha quedado el trabajador tras el cambio efectuado, "vis a vis", de sus compañeros de trabajo (40).

Una tarea muy concreta ha sido de numerosos litigios, la limpieza del ^{objeto} puesto del trabajo y de las máquinas o utensilios. Para evitar esta litigiosidad son varias las Reglamentaciones que aclaran expresamente que la citada tarea no constituye vejación (41). Otros supuestos son tan dispares que resulta imposible obtener ni siquiera unas líneas básicas de actuación (42).

(39) El art. 2.103 del C.o. italiano, derogado por la ley de 20 de mayo de 1.970, alude al respeto a la "posición sustancial" del trabajador, expresión que la doctrina y la mayor parte de los convenios colectivos sustituyeron por la más feliz de "posición moral", entendida como, "termino de comparación entre las funciones de naturaleza diferente, cuya ejecución puede comportar una diversa consideración social en la comunidad de trabajo o en el ambiente en que vive el trabajador". GIUGNI, "Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro", Naples 1.963, pág. 193 y 336.

(40) VALDES DAL-RE, F. "La ruptura ..." cit. pág. 33 y 34

(41) Por ejemplo, CONSTRUCCION, art. 51.

(42) STS, S.VI, 29-11-68 (R.5221) No supone vejación para un profesional de oficio la colocación y retirada de soportes al efectuar el tendido en una

d) Compatibilidad con la aptitud técnica del trabajador. No existe nuestro derecho una formulación expresa de este requisito, quizás por considerarlo evidente, tan evidente como el principio incontestable de que nadie puede ser — obligado a una prestación imposible, nemo ad impossibilia tenetur, que sí se encuentra recogido en el art. 1.272 del Código Civil. En manera alguna se reduce esta exigencia al desempeño de funciones de superior categoría. Un excelente oficial de una especialidad normalmente ignora los rendimientos de una especialidad distinta. Cuando la carencia de aptitud sea muy marcada, al supuesto entra en el ámbito del respeto a la dignidad del trabajador por la humillación — que supone para él verse forzado a intentar la realización de trabajos notoriamente defectuosos. Si el trabajador está capacitado para ejecutar el trabajo — con un nivel de perfección aceptable, aunque inferior al normal, entendemos — que por este solo motivo no puede considerarse ilegítimo el ejercicio del ius-variandi empresarial. Lo que debe recalcar en esta situación es que el empresario debe aceptar las consecuencias de sus órdenes y, si el trabajador realiza su cometido de buena fé, el deficiente rendimiento o la imperfección en los resultados no repercutirán negativamente en sus ingresos ni tampoco podrán ser vir de base a sanciones disciplinarias o a responsabilidad por roturas de má— quinas, desperdicio de materiales o motivos similares (43). La ausencia de conocimientos y experiencia en el desempeño de la función puede originar un incremento del riesgo de causar daños no solamente en las cosas sino también en las personas, en cuyo caso las muy graves obligaciones impuestas al empresario en materia de prevención de accidentes nos llevan a rechazar de plano la atribución de tareas distintas de las habituales a personas que no estén plenamente capacitadas cuando se trate de trabajos especialmente peligrosos. Por supuesto que si acaeciera un siniestro por incumplimiento de esta regla entraría enjuego la responsabilidad empresarial. Concretamente y por lo que se refiere al recargo de prestaciones económicas la Ley General de la Seguridad Social, art. 93, incluye como supuesto originador del incremento la inobservancia de las medidas de "adequación personal a cada trabajo habida cuenta de sus caracteristicas y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador", entre las cuales — figura destacadamente la categoría profesional.

(42) línea eléctrica

(43) En el mismo sentido GIUGNI "Mansioni e qualifica ..." cit. pág. 343 "el empresario puede ejercitar legítimamente el ius variandi, pero no puede — pretender la normalidad del rendimiento"

e) Otros límites al *ius variandi*. El ejercicio del *ius variandi* se encuentra constreñido por las normas de orden público que prohíben la ejecución de determinadas tareas a algunos grupos de trabajadores. La doctrina ha aludido a las restricciones aplicables a las mujeres y menores por razones de seguridad e higiene a las que pueden asimilarse las derivadas de razones de moralidad — (44). Entendemos que no es correcto encuadrar ambos supuestos entre las limitaciones al *ius variandi* empresarial, ya que la prohibición en nada afecta a la variación a sí, es decir a la relación existente entre el trabajo a quo y el trabajo ad quem.

Por lo que se refiere al contrato de aprendizaje, en España al contrario — que en otros países (45), no existe una norma que prohíba laxativamente variar las tareas de los aprendices, si bien el principio enunciado en el art. 123 de la Ley de Contrato de Trabajo de que el fin principal del contrato de aprendizaje ha de ser la adquisición por el aprendiz de una perfecta capacidad en el oficio, subordinando a dicho fin el de la utilización del trabajo del aprendiz impone evidentes restricciones en la aplicación del *ius variandi* a los aprendices.

En cuanto al período de prueba la Ley de Relaciones Laborales, art. 17, determina que "la empresa y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba", obligación que supone una importante restricción al ejercicio del *ius variandi*, si bien el carácter potestativo de dicho período y la amplia discrecionalidad que mientras dure se concede a las partes para la resolución del contrato, hacen que en la práctica resulte inoperante cualquier prohibición de modificar la función contratada.

Una última restricción al ejercicio del *ius variandi* puede venir impuesta en razón a la motivación de la ausencia de los trabajadores cuyos intentos se intenten paliar. Nos referimos a la huelga. En países donde los temas relativos a la huelga tienen una tradición consolidada el supuesto ha sido objeto de la debida atención por parte de la doctrina, la cual unánimemente niega la posi-

(44) VALDES DAL-RE, F. "la ruptura ...", cit. pág. 30

(45) El art. 2132 del C.c. italiano determina que el empresario debe destinar al aprendiz "sólo a los trabajos correspondientes a la especialidad profesional a la que se refiere el aprendizaje". Por otra parte la Ley de 19 de junio de 1955 excluye la realización de trabajos de serie o puramente manuales por los aprendices. La interpretación de estos textos se ha realizado con un diverso grado de flexibilidad por la doctrina. Así ARANGUREN, en "la qualifica del lavoratore e l'ius variandi dell'imprenditore", Milán 1961, pág. 35 concluye la imposibilidad de atribuir al aprendiz funciones distintas de aquellas cuyo aprendizaje se efectúa, mientras que GIUGNI, "Mansioni e qualifica..." — cit. pág. 343, nota, que los límites impuestos por el contrato de aprendizaje no deben entenderse en sentido absolutamente rígido.

bilidad de sustituir a los trabajadores en huelga con otros que no participen en la misma cuando la huelga es legítima, apoyando este criterio básicamente en razones de solidaridad (46). Cuando la huelga no es legítima las teorías al respecto pierden unanimidad. HUECK mantiene que no corresponde al trabajador apreciar la legitimidad de la conducta de los huelguistas, observación a la que GIUGNI opone perplejidad, por cuanto por la misma razón, dice, quedarían exentos de responsabilidad los trabajadores que no hubieran adherido la buena-fé a una acción sindical ilegítima. Este autor entiende en relación al derecho italiano que en la huelga legítima no puede justificarse el ejercicio del *ius variandi*, mientras que en la ilegítima podría ejercerse (47).

En el derecho español el art. 5º del Decreto-Ley de 22 mayo 1.975 sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo disponía que en tanto dure la huelga procedente, el empresario no podría sustituir a los huelguistas por trabajadores que al iniciarse el conflicto no estuviesen vinculados a la empresa, recogiendo el mismo precepto en términos casi idénticos, el Decreto-Ley de 4 de marzo de 1.977, art. 6,5. Una interpretación literal de estos preceptos podría concluir que a sensu contrario el empresario sí podrá sustituir a los ausentes con trabajadores que sí estuviesen vinculados a la empresa con anterioridad o con cualesquiera si se tratase de una huelga improcedente. En cuanto a lo primero, cabe destacar que si la ratio legis es la de impedir que la empresa frustre la acción huelguística mediante la sustitución de los trabajadores ausentes, poco importa que la sustitución se realice con trabajadores de nuevo ingreso o con personal de plantilla.

Por lo que afecta a las huelgas ilegítimas conviene recalcar que el ejercicio del *ius variandi* debe respetar la consideración a la dignidad de los trabajadores y que estos, aún cuando no hayan tomado parte activa en una huelga, corren evidente riesgo de quedar en situación afrentosa ante sus compañeros si con la variación de su trabajo refuerzan la postura empresarial en el enfrentamiento con los huelguistas. Por esta razón nos inclinamos a sostener que, incluso en el supuesto de una huelga ilegítima, el trabajador no está obligado a cambiar su trabajo habitual por el de los ausentes, a no ser que se trate de trabajos no estrictamente productivos sino de defensa de las personas o de los bienes (48).

(46) Ver GIUGNI, "Mansioni e qualifica ..." pág. 323 a 325, con citas abundantes de la doctrina alemana.

(47) GIUGNI, "Mansioni e qualifica ..." pág. 323 a 325.

(48) A similar conclusión llega VALDES DAL-RE, F. "La ruptura ..." cit. — pág. 25, antes de la promulgación del Decreto-Ley de 22 de mayo 1.975, y sin hacer distinciones entre huelga procedente e improcedente. El empresario puede encomendar al trabajador no huelguista trabajos que tiendan bien a evitar ries

1.2.1. TRABAJOS DE LA MISMA CATEGORIA

La cuestión que debemos plantearnos inicialmente es la de si el ejercicio del ius variandi presupone una diferencia de categoría entre las funciones a quo y ad quem, ya que los trabajos habitualmente realizados son susceptibles de sustitución por otros encuadrados en la misma o en distinta categoría profesional. En el primer caso pueden surgir racionales dudas de si nos encontramos ante un auténtico ius variandi. La opción no es meramente teórica, dado que el ius variandi es un derecho sometido a importantes limitaciones que no serían aplicables a las decisiones empresariales en el marco del poder normal de dirección. A este respecto cabe distinguir entre el poder de modificar unilateralmente la función contratada y el poder de especificación interna de un objeto ya predeterminado. GIUGNI ha puesto de manifiesto cómo la imprecisa determinación de la voluntad contractual en orden a la prestación de trabajo hace que queden difusos los límites entre el ejercicio del poder de conformación de las tareas concretas en el ámbito de la prestación convenida y el ejercicio del poder de variarla unilateralmente, y por otra parte el objeto del contrato de trabajo tampoco puede identificarse en un haz de tareas es el momento de su estipulación sino que ha de tener cierta flexibilidad, ligada a la evolución tecnológica y al desarrollo de la capacidad profesional del trabajador (49). Podría entenderse que los trabajos incluidos en la categoría son exigibles mediante actos del poder normal de dirección, mientras que los extraños requieren la actuación del poder de dirección.

En la doctrina española MONTROYA incluye las variaciones de tipo de función, sin implicar la asignación de trabajos propios de una categoría superior o inferior, como una modalidad del ius variandi objetivo, para cuyo ejercicio deben concurrir los requisitos limitativos comunes a todas las manifestaciones de dicho poder (50). SALA FRANCO llega a una conclusión más matizada dife

(48) gos inminentes y graves en la organización empresarial (por ejemplo, interrupción de un proceso productivo que, por su propia naturaleza, no sea susceptible de paralización), bien a conservar o mantener las instalaciones materiales, etc., excluyéndose, por tanto, aquellas funciones destinadas directamente a amortiguar los perjuicios económicos de la cesación colectiva en el trabajo".

(49) "Mansioni e qualifica ..." cit. pág. 230. Después de promulgado el Statuto que modifica el art. 2103 del Código civil italiano, el profesor GIUGNI insiste en que el ius variandi era ejercitado fuera del ámbito de las funciones contratadas, pero que dentro de estas funciones es connatural al poder directivo la posibilidad de asignar al trabajador funciones diversas y entiende que este poder no ha sido afectado por el art. 13 del Statuto dei lavoratori: Ver "I poteri dell' imprenditore ..." cit. pág. 179

(50) "El poder de dirección ..." cit. pág. 169

renoviando la categoría profesional y la equivalencia entre las funciones habituales y las que se pretenden asignar, e incluso el derecho a la conservación del puesto se restringe haciendo la observación de que no se le puede asignar una naturaleza absoluta al modo de la categoría profesional (51).

Siguiendo en la misma línea de no considerar indiscriminadamente todos los cambios que puedan producirse en el seno de una categoría, vamos a intentar una clarificación de la cuestión a través de las siguientes observaciones:

a) Existen algunas categorías cuyo contenido es tan concreto que abarca una sola función o tarea, en cuyo caso la modificación de una u otra son coincidentes y no puede presentarse el problema que ahora nos ocupa.

b) Cuando el contenido de la categoría posee una cierta amplitud y comprende una pluralidad de cometidos, puede ocurrir a su vez que todos ellos sean muy similares en cuanto al grado de preparación que exigen, la dificultad de su ejecución, el rango jerárquico y social que comportan y en general en cuanto a todas las circunstancias que pueden tener alguna relevancia para quien los ejecuta, o puede ser que se incluyan tareas muy heterogéneas y que perfectamente podrían constituir distintas categorías. Ejemplos de la primera clase pueden ser la definición de albañil o de ebanista en la Ordenanza SIDEROMETALURGICA y de la segunda la de oficial administrativo en la misma Ordenanza (52). Mientras que un buen profesional albañil o carpintero conoce e incluso realiza con una cierta asiduidad todas o casi todas las funciones propias de su oficio, un oficial administrativo es muy posible que nunca haya tenido relación con varios de los cometidos que se atribuyen a su categoría. Consiguientemente el tratamiento de las órdenes empresariales en orden a la realización de una determinada tarea no puede ser coincidente en ambos supuestos. Siempre que la tarea habitual posea una identidad individualizadora con respecto a otras de la misma categoría, el cambio de aquella deberá ser sometido a las reglas del ius variandi. En caso contrario debe entenderse que el encargo de uno u otro cometidos no escapa del ejercicio de los poderes organizativos normales del empresario.

(51) "La movilidad ..." cit. pág. 47.

(52) "Ebanista y carpintero: son los operarios con capacidad para leer e interpretar planos o croquis de construcción de madera y realizar con las herramientas de máquinas correspondientes las operaciones de trazar, aserrar, cepillar, mortajar, espigar, encelar y demás operaciones de ensamblaje; todo ello acabado con arreglo a las dimensiones de los planos". Vemos que se trata de la definición de un oficio clásico cuyas diversas facetas son todas conocidas por un buen profesional. En cambio pueden comprobarse las diferencias tan notables constatables en el trabajo de quien realiza pagos y cobros dependiendo de un cajero, lleva libros de contabilidad, confecciona nóminas, maneja máquinas ordenadoras o presta servicios de taquimecanógrafo, funciones todas ellas propias de un oficial primero administrativo, según la Ordenanza SIDEROMETALURGICA, Anexo 2.

o) En tercer lugar debe recordarse que en España todos los trabajadores - deben ser clasificados necesariamente de acuerdo con el esquema de categorías que les sea legalmente aplicable, lo cual no quiere decir que los límites de las prestaciones concertadas deban coincidir con los de dichas categorías: Cuando las funciones que la categoría asigna a un trabajador y las que ha contratado y de hecho viene desarrollando se diferencian notoriamente, la interpretación de que todas las funciones recogidas en la categoría constituyen - objeto de su prestación normal y que en cualquier momento le pueden ser exigidas sin que ello entrañe una auténtica modificación llevaría a resultados - absurdos.

Como conclusión entendemos que el empresario puede exigir al trabajador - en todo caso la ejecución de nuevas tareas cuando éstas estén incluidas en la descripción de la categoría ostentada siempre que no sean notoriamente diferentes de las que habitualmente desempeña, mientras que si en las nuevas concurre esta circunstancia la decisión empresarial debe sujetarse a las restricciones impuestas al ius variandi. Este criterio tiene apoyo legal en el art. 64 de la Ley de Contrato de Trabajo que para garantizar la inmutabilidad de la función no alude a la categoría profesional sino al trabajo corriente que no siempre coincide con la clasificación profesional efectuada.

En todo caso es esencial la consideración de las funciones contratadas - inicialmente o a través de posteriores modificaciones pactadas expresa o tácitamente. En su momento se vió cómo la categoría es un instrumento útil para coformar la voluntad de los sujetos del contrato de trabajo pero no un esquema rígido el que necesariamente deba sujetarse la voluntad de los contratantes. Por tanto el punto de referencia para concretar la prestación exigible - debe ser en primer lugar la función contratada y sólo subsidiariamente el contenido de la categoría (53). Resulta esclarecedora en esta materia la muy - bien elaborada STS, CA, 21-4-67 (R.1.970) cuya lectura completa nos parece - obligada, aunque nos limitemos a una cita de los principales afirmaciones - "la facultad organizativa de la empresa ... no es discrecional en manera - absoluta ... aún, si mantiene la categoría reglamentaria y la remuneración ..."

(53) Esta tesis ha sido mantenida por el prestigioso profesor GIUGNI en las jornadas de estudio de Pisa de 1.973. Ver "Mansioni e qualifiche ..." cit págs. 155 s.

jeto del contrato determinado tambien por la tarea habitual asignada al operario, siempre en la nueva labor difiera sustancialmente de la habitual desempeñada en la empresa, la disparidad esencial de cometido obsta al ejercicio de-forma absoluta de la facultad del patrono en orden al libre trasiego de empleados por la sola circunstancia de su inclusion en la determinada categoria".

.2.2. TRABAJOS DE CATEGORIA SUPERIOR.

Todas las principales Reglamentaciones prevén que los trabajadores realicen funciones correspondientes a categoría superior a la que ostentan, si bien limitan esta posibilidad a casos de necesidad y a periodos de tiempo reducidos. La excepcionalidad del supuesto se matiza con diversas expresiones, desde las más permisivas en que la limitación se reduce a fijar un plazo máximo (ALIMENTACION, art.17; COMERCIO, art.39; OFICINAS, art.27) hasta las que subrayan enérgicamente las condiciones restrictivas ("en casos excepcionales de perentoria necesidad", ARTES GRAFICAS, art.51 y TRANSPORTES, art.55). Podrían parecer fuera de lugar las limitaciones impuestas al poder de variación del empresario cuando se trata de colocar al trabajador en una situación más favorable, ya que una superficial consideración del supuesto podría argumentar que dichas limitaciones persiguen la finalidad de impedir conductas empresariales abusivamente perjudiciales para el trabajador y que no existe tal perjuicio cuando se le otorga una mayor consideración. A este respecto son válidas las observaciones que en otros lugares hemos formulado sobre el posible interés del trabajador contrario al ascenso, sin embargo la postura cautelosa del legislador se basa fundamentalmente en la consideración^{de} que cuando una empresa de manera habitual precisa la realización de trabajos de categoría superior lo procedente es que acomode su plantilla a esta realidad y que lleve a cabo los oportunos ascensos. De otra suerte perjudica a quienes tienen derecho a ellos (54).

Para garantizar el derecho al ascenso resulta eficaz la fórmula de limitar el tiempo de ejecución de funciones superiores. A este respecto las Reglamentaciones distinguen dos supuestos : que la ejecución de dichas funciones esté motivada por la sustitución de un trabajador ausente por enfermedad, servicio militar, permiso o excedencia forzosa o que no se de ninguna de estas situaciones (55). En el segundo caso los trabajos

(54) TORRES CENTURION, M.de, en "Trabajos de categoría superior. El problema de algunas Reglamentaciones Nacional de Trabajo". Rev.Trab.jun./45. nº.6, págs.950-1, con una visión fuertemente influida por el Fuero del Trabajo enfoca el problema desde la disminución de la producción de la empresa. "Se basa en el excepticismo del legislador de que en cada momento extraordinario posea la empresa entre sus hombres el elemento idóneo para la superación de la crisis, y en la posibilidad de que, desconocido

empo. Concretamente dos meses en la Reglamentación de ALIMENTACION, art. 7; tres en las de ARTES GRAFICAS, art.51; CARNICAS,art.77; CONSTRUCCION, t.112; COMERCIO , art.39 (doce meses para el personal titulado); cuatro meses en ACEITE,art.28; HOSTELERIA, art.26, y SIDEROMETALURGICA,art. 1; seis meses en BEBIDAS REFRESCANTES,art.15 y OFICINAS,art.27. Como se ve, las Reglamentaciones en general prevén un periodo máximo continuo. Sin embargo, ofrece mayores garantías para el trabajador la acumulación de periodos distintos (56). Sigue este criterio la SIDEROMETALURGICA .

En caso de sustitución de un trabajador con derecho a reserva de puesto, en cambio, los trabajos pueden prolongarse en tanto no se reintegre el sustituido. Esta excepción sólo en parte se justifica ya que elimina el riesgo de un incremento de plantilla superfluo y del enfrentamiento entre sustituto y sustituido que vienen a coincidir en un mismo puesto.() Sin embargo no tiene en cuenta el hecho de que en la gran empresa las ausencias son muy frecuentes y de continuo existen puestos, quizás numerosos, afectados a una reserva y pudiendo ocurrir que determinados trabajadores sean dedicados permanentemente a la sustitución de los ausentes (57).

..... por la propia empresa, exista entre su personal un valor superior a aquel de la persona que tiene asignada ese trabajo superior, por lo que el ascenso automático representa no tan sólo una injusticia y lesión del derecho de un tercero, sino también un daño a los intereses de la misma empresa". Considerando los inconvenientes y las ventajas que representa en la vida práctica, se prefiere dejar toda esta materia de ascensos al juego exacto de los artículos a ello dedicados, sin incluir modificaciones que, alterando de alguna forma el concepto preestablecido, pueden llevar un confusio nismo desagradable a las empresas y trabajadores, confusio nismo que originaría injusticias y asperezas , y al cabo redundarían en perjuicio de la producción nacional, sobre la que ha de velar el Estado con el máximo cuidado y atención".

(55) Un interesante análisis de los diferentes supuestos de ausencias a efectos de sustitución puede verse en la R.16-12-72 (citada por AYERRA, en IND.SIDERO" a cit. págs.284-5). En resumen distingue los casos según que las ausencias sean totalmente ajenas a la voluntad del empleador o no, incluyendo en el segundo supuesto la excedencia voluntaria.

(56) Véase GIUGNI "Mansioni e qualifica..." cit. pág.333. ()

7) Críticas similares pueden verse en GRASSELLI "la nuova disciplina legale dello ius variandi", en Dir.lav.1.971,I,pág.88 y en "I poteri..." cit. pág.222; PERA "Interrogativi sullo statuto del lavoratore", en Dir.lav.1.970,I,pág.199; CONSTANZO "Statuto del lavoratore" cit. pág.79.

n las Reglamentaciones.

- Un grupo de Reglamentaciones determina expresamente que al cumplir el periodo máximo permitido, el trabajador debe reintegrarse a su trabajo habitual. De no hacerlo así la empresa puede ser sancionada como ractora de la legislación laboral y los interesados pueden solicitar e se cubra la vacante en la categoría superior. Estos efectos deben entenderse asimismo implícitos cuando la Reglamentación señala plazo máximo itiendo cualquier referencia a la posibilidad de que no sea respetado.

- Extrañamente dos Reglamentaciones, la TEXTIL, art.62, y la de CONSTRUCCION, art.112, determinan que, transcurrido un periodo de seis o tres meses respectivamente, el trabajador que venga realizando trabajos de ategoría superior puede, a voluntad propia, continuar realizándolos con ascenso automático a tal categoría. Estos preceptos se apartan notoriamente de la regulación contenida en las restantes Reglamentaciones e incurrir en el defecto de ratificar legalmente posibles quebrantamientos e los derechos de terceros, tal como se explica en el siguiente apartado (58).

- Un tercer grupo de Reglamentaciones, para forzar a las empresas no abusar del subterfugio de encomendar a sus trabajadores funciones e categoría superior, contienen un sistema de extraordinaria eficacia. Siempre que un trabajador rebase los periodos máximos permitidos adquiere el derecho a mantener indefinidamente el salario correspondiente a dicha categoría. No se le concede el ascenso porque podrían lesionarse derechos preferentes. Si ascendieran automáticamente se abriría el cauce para un fácil fraude, ya que cuando una empresa deseara ascender a un trabajador al margen de los procedimientos legales no tendría más que encomendarle las tareas de la categoría superior y al cabo de escasos meses consolidaría el ascenso. La infracción de la norma vigente devengaría en especial ventaja para el infractor. No ocurre cuando no se consolida la

5 Este sistema ha sido adoptado por la legislación italiana que reconoce la promoción automática del trabajador que realiza funciones de categoría superior después de un periodo fijado en los contratos colectivos y normalmente no superior a tres meses. (Ley de 20-5-70, n.º.300, art.13) La doctrina de dicho país no ha prestado atención al problema del hipotético perjuicio a terceros. Sin embargo ha recalcado repetidamente, que la promoción automática no se produce sin el consentimiento del trabajador afectado. El trabajador obtiene no la categoría profesional sino el derecho a adquirirla.

da a ascender al trabajador a quien corresponda y también a mantener retribución más elevada a quien en lo sucesivo va a ejercer funciones ya remuneración legal es inferior, lo cual le resulta innecesariamente avoso. En la práctica esta medida da lugar a que la empresa evite llevar a esta situación con lo cual los posibles abusos no llegan a gestarse. Las Ordenanzas que adoptan esta solución son las de CEITE, art.28; HOSTELIA, art.26 y SIDEROMETALURGICA, art.81. Coinciden las tres en que cuando un trabajador durante cuatro meses consecutivos o doce alternos⁽⁵⁹⁾ realice trabajos ~~(58)~~ de categoría superior consolida el salario de dicha categoría sin que ello suponga necesariamente la creación de un puesto de trabajo de esta categoría. La redacción de los correspondientes artículos es casi idéntica en las tres Ordenanzas, si bien con la importante diferencia de que mientras las dos primeras aluden al salario base, la tercera habla del salario sin más.

La prescripción contenida en algunas Reglamentaciones de que los trabajos de superior categoría sean necesariamente encomendados a aquel trabajador a quien correspondería el ascenso (60) es útil para evitar colisión de derechos entre el trabajador que los realiza y el tercero pudiera tener derecho preferente al ascenso (61). La eficacia no es total, no obstante, porque frecuentemente la pretendida calificación superior de la tarea no es compartida por empleador y trabajador. Los supuestos en que aparece incontestable son los de sustitución interina que precisamente no engendra derecho al ascenso.

(59) La D.G.de T. en Consulta 24-10-70 (citada por AYERRA, en "INDUSTRIA SIDERO", cit.pág.283) entiende que los doce meses alternos /"deben computarse no por horas ni por días sino por meses completos de treinta días cualquiera que sea la fecha de iniciación de su cómputo, esto es, aunque no coincida con el día primero de mes."

(60) MADERA, art.106.

(61) VALDES aboga por la generalización de esta regla "La ruptura....." págs. 36 y 49.

1.2.3. TRABAJOS DE CATEGORIA INFERIOR.

Las razones aducidas en contra de los poderes empresariales para exigir trabajos de distinta categoría adquieren plena fuerza cuando estos trabajos son de categoría inferior. La solución de compensar al trabajador abonándole la retribución de su categoría de origen y legitimando el equilibrio entre categoría y nivel retributivo y rompiendo la correspondiente entre funciones y categoría por una parte y función y retribución por otra ha sido severamente criticada por la doctrina. En España VALDES desde una postura "de lege ferenda" aboga por la "abolição del poder del empresario de asignar a un trabajador a funciones de categoría inferior (62). En Italia la Ley de 20 de mayo de 1.970 que aprueba el Estatuto de los trabajadores en su artículo 13 modifica el artículo 2103 del Código Civil en el sentido, apreciado por la generalidad de la doctrina, de eliminar totalmente el ejercicio del *ius variandi in peius* (63).

El derecho español admite el encargo de función inferior si bien exige requisitos más rigurosos, tanto de carácter objetivo, en cuanto a los devengos que alteran la vida normal de la empresa, como de carácter subjetivo referentes a los trabajadores afectados por el cambio.

a) Requisitos objetivos.

Los primeros, transitoriedad y urgente necesidad, se encuentran recogidos en el artículo 64 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya examinado, si bien algunas Ordenanzas también se ocupan de ellos. En relación con la postura que adoptan en esta materia podemos clasificarlas en tres apartados:

-Ordenanzas que omiten cualquier referencia a la asignación de trabajos de inferior categoría. En manera alguna esta omisión puede entender

(62) VALDES DAL-RE, F. "La ruptura...." cit. pág. 48.

(63) MISCIONE "Mansioni....." pág. 41. "Después de casi tres años de estudio, parece que al menos en un punto se encuentra sustancialmente de acuerdo la doctrina: que está prohibido el *ius variandi in peius*". Sin embargo para algunos prestigiosos autores el Estatuto limita, pero no suprime completamente el poder de variación unilateral del empresario. Un examen de las distintas posturas y matices al respecto puede consultarse en CONSTANZO. "Statuto del lavoratori" 3ª ed. Pirola-Milán 1.974., pág. 79.

aplicación de los criterios de la Ley de Contrato de Trabajo, con la consiguiente limitación a los trabajos pasajeros y para prevenir grandes riesgos inminentes o remediar accidentes sufridos. Así las de MADERA y TEXTIL.

- Las que aluden al carácter restrictivo de la facultad empresarial en el empleo de diversas fórmulas, que en ningún caso acentúan el rigor de la Ley de Contrato de Trabajo, tales como "con carácter transitorio y urgente y no reiterativo", "por necesidades circunstanciales, transitorias e imprevisibles", "por necesidades perentorias, transitorias e imprevisibles" (COMERCIO, art. 40; CARNICAS, art. 77; CONSTRUCCION, art. 113) (64).

- Las simples necesidades de la empresa son aludidas por numerosas ordenanzas, si bien atendiendo a la forma con que se enuncian, cabe una subdiferenciación importante. La más (BEBIDAS, art. 16; OFICINAS, art. 28; TRANSPORTES, art. 55 y VINICOLAS, art. 52) utilizan una locución condicional, "si por necesidades del servicio" referida al salario y no a los requisitos para el cambio de funciones. Parece correcto interpretar que estos textos legales no se plantean el problema de los requisitos y que consiguientemente permanecen intangibles los criterios de la Ley de Contrato de Trabajo. Se sitúa en la misma línea la de HOSTELERIA, art. 26, que más escuetamente se limita a decir "cuando la empresa destine". Grupo aparte forman las Ordenanzas de ARTES GRAFICAS, art. 52; QUIMICAS, art. 37 y SIDEROMETALURGICA, art. 25 y 26, las cuales sí que de una manera clara justifican el poder de variación en orden a encomendar tareas inferiores en las "necesidades de la explotación" o en la "necesidad justificada de la empresa", en abierta contradicción con el art. 64 de la Ley de Contrato de Trabajo. Matizando su generosidad en la admisión de causas justificativas del poder de variación descendente, la Ordenanza de ARTES GRAFICAS impone un límite temporal concreto, tres meses (65). Mención especial me-

(64) La empresa que trasladó a una trabajadora de Comercio clasificada como ayudante a un puesto propio de empaquetadora es condenada a reponerla en un puesto propio de su categoría por S. del T.C.T. de 21-11-73 (R. 4662).

(65) Entre las que consideramos de ámbito más amplio las Reglamentaciones de ARTES GRAFICAS y SIDEROMETALURGICA son las únicas que señalan un período máximo. La limitación es innecesaria cuando se respeta la naturaleza pasajera y excepcional de la institución.

de la categoría, la cual puede ser alterada por el organizativo del empresario en tal medida que la adscripción a puestos de categoría diferente viene a confundirse con la movilidad dentro del marco de la categoría, desapareciendo la diferenciación entre el ius variandi normal y el excepcional. Se establece que por necesidades del servicio, entendiéndose por tales no las urgentes e imprevisibles a que se refiere la Ley de Contrato de Trabajo, sino las que surgen ordinariamente en el desenvolvimiento de la empresa, tales como aplicación de nuevos métodos o saturación de la jornada de los trabajadores, puede el empresario encomendar trabajos de inferior categoría, incluso con carácter definitivo. Es más, la simple conveniencia de la empresa parece que faculta al empresario para ejercer el poder de alteración con idéntica amplitud. Para esta Ordenanza la categoría deja de ser una coraza protectora de la prestación exigible y se convierte en punto de referencia a efectos retributivos con la única limitación, ni siquiera enunciada expresamente, del respeto a la dignidad del trabajador. Este criterio es tan abiertamente opuesto al artículo 64 de la Ley de Contrato de Trabajo que su legalidad debe rechazarse, una vez que la Ley de Relaciones Laborales ha fijado el rango de las Ordenanzas, apartándose de la doctrina jurisprudencial de equiparación a la ley. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reaccionado en contra de las fórmulas excesivamente permisivas del ius variandi ius peius ajustándolas a los límites estrictos de la Ley de Contrato de Trabajo. Ante el supuesto de tareas de inferior categoría de realización esporádica, necesaria pero previsible, el Tribunal Supremo en Sentencia de 29-4-75 (R.3209) y 30-10-75 (R.4.350) ha entendido que dichas tareas no pueden encomendarse a trabajadores de superior categoría, a pesar de la amplitud concedida al ius variandi por la Reglamentación aplicable (Empresa Nacional Calvo Sotelo y QUIMICAS en las Sentencias comentadas).

b) Requisitos subjetivos.

La consideración individualizada del trabajador cuyas tareas se modifican ha llevado a algunas Ordenanzas a configurar algunos requisitos adicionales:

ucen esta condición las Ordenanzas de CARNICAS, art.77; CONSTRUCCION, art. 13; OFICINAS, art.28 y TRANSPORTES, art.55. Su aplicación a la rica diversidad de ocupaciones y tareas impone una clasificación en los trabajos atendiendo a que su ejecución satisfactoria exija o no una práctica continuada. Es una cuestión de hecho que habrá de ser ponderada en cada caso. Con carácter general este problema se halla estrechamente vinculado a la temporalidad. El encargo de funciones inferiores por periodos cortos, exigencia insoslayable de la propia naturaleza temporal del ius variandi, no provoca perjuicios en la formación profesional salvo en supuestos muy particulares (piénsese por ejemplo en un artista). Quizás resulte algo exagerada la afirmación de que "se perjudicará la formación profesional de un trabajador siempre que se quiebre la relativa homogeneidad entre las funciones pactadas y las nuevas asumidas. (66).

2º. Sujeción al orden jerárquico de la plantilla. Se incluye este requisito en las Ordenanzas de COMERCIO, art.40 y HOSTELERIA, art.70. Entendemos que en cualquier actividad su conculcación puede constituir indicio de una situación vejatoria, si bien se trata de una presunción. De no existir dicha situación, el orden deberá seguirse únicamente cuando lo imponga la Ordenanza.

El respeto al orden jerárquico quiere decir que las tareas inferiores se encomiendan al trabajador que ostenta la categoría más próxima y que entre los encuadrados en la misma categoría se elige al que ocupa el último puesto. La determinación de la categoría más próxima es fácil cuando ambas resultan de la diversificación de grados dentro de una misma ocupación, pero no cuando las ocupaciones son diversas.

(66) VALDES DEL RE, F. "La ruptura....." pág. 31.

1.3. LAS EXTRALIMITACIONES DEL EMPRESARIO EN LA EXIGENCIA DE LA PRESTACION.

Las facultades reconocidas al empresario de actualizar la prestación contratada acomodándola a la situación cambiante de la empresa y de variar transitoriamente el contenido de dicha prestación están sujetas a importantes restricciones que han sido puestas de relieve. Pero no es suficiente el establecimiento de limitaciones si simultáneamente el ordenamiento jurídico no prevé los instrumentos necesarios para que efectivamente las facultades no desborden los límites impuestos y en último extremo, si así ocurriera, para que los efectos nocivos del desconocimiento o del abuso del derecho sean en lo posible reparados de una manera satisfactoria para el perjudicado. El estudio de nuestro derecho laboral en relación con esta materia debe comprender las posibles reacciones del trabajador frente a una orden que estima ilegítima, a saber, la obediencia, el rechazo o la resolución del contrato; y asimismo las reacciones de los órganos que ostenten una supremacía sobre quien ha dado la orden, lo que MONTROYA ha denominado el control de legitimidad del poder de dirección (67).

1.3.1. LA RESOLUCION DEL CONTRATO.

Las consecuencias que la extralimitación puede tener sobre la vida del contrato de trabajo están previstas en el art.1.124 del Código civil, según el cual "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos". Sin embargo, no es necesario acudir a este precepto legal de carácter genérico porque el propio ordenamiento jurídico laboral en la Ley de Contrato de Trabajo, art.78,c) determina que "se estimarán causas justas para que el

(67) "El poder....."cit.pág. 254.

trabajador pueda, por su voluntad, dar por terminado el contrato las siguientes:c) Exigir el empresario trabajo distinto del pactado, salvo los casos de urgencia prescritos en la Ley".

1.3.2.LAS INDEMNIZACIONES.

En el caso de que como consecuencia de serle exigido un trabajo distinto del pactado el trabajador opte por la rescisión del contrato, art.80 de la Ley de Contrato de Trabajo, prevé la posibilidad de que el trabajador sea indemnizado de la misma forma y en la misma cuantía que si se tratase de un despido improcedente (68).

Si el trabajador, sin renunciar a la continuidad en la empresa, opta por solicitar una indemnización, el Magistrado la concederá valorando el perjuicio sufrido por el trabajador (69). A nadie se escapa la dificultad que tendrá el trabajador para probar la efectiva existencia de perjuicio y su cuantificación monetaria.

1.3.3.SANCIONES.

Si la conducta exigida al trabajador invade el ámbito delictivo, el empresario incurre en una responsabilidad criminal que se traducirá en la imposición de unas penas. Observa MONTTOYA que se trata de un delito de inducción agravado por el abuso de autoridad y que la ilicitud penal, a su vez, puede generar una responsabilidad civil (70). El supuesto es excepcional y se aborda más a efectos sistemáticos de incluir este posible tipo de sanciones que por los problemas se plantee.

Aún sin llegar al ámbito penal, si el empresario ha incurrido en abuso de autoridad podrá ser sancionado administrativamente, según prevé el Decreto de 5 de enero de 1.939 sobre responsabilidad por faltas cometidas en el trabajo. El abuso de autoridad, entendiendo como mera

(68) La LCT menciona las causas comprendidas en el art.79, en vez de citar el art.78, "pero se trata obviamente de una errata, aunque nunca formalmente corregida", como ha hecho notar ALONSO OLEA, "DERECHO DEL TRABAJO" cit.pág.

En la actualidad estas indemnizaciones se encuentran fijadas en el R.D.L.

(69) MONTTOYA "El poder...." cit.pág.255-6 distingue según que la obediencia impuesta haya sido instantánea o duradera y según haya supuesto o no un perjuicio grave para el trabajador.

(70) "El poder...." cit.pág.256.

extralimitación de las facultades empresariales, aún cuando no se incurra en infracción de la norma, tendría una amplia aplicación en las órdenes dadas sobre el trabajo exigido a los trabajadores (71).

No obstante, las Reglamentaciones que se refieren al abuso de autoridad han configurado esta institución con unos caracteres tan sumamente restrictivos que el supuesto difícilmente se realizará en la práctica (72).

Vemos, pues, que las penas criminales o las sanciones por abuso de autoridad no resultan eficaces para controlar al empresario en los casos más normales y frecuentes que pueden darse de extralimitación de sus facultades directivas en relación con la materia que nos ocupa. Es necesario acudir al sistema general sancionador por incumplimiento de la legislación laboral (73). Y aquí surge la dificultad porque la jurisprudencia ha elaborado una doctrina constante según la cual cuando la Inspección de Trabajo comprueba que un trabajador realiza trabajos impropios de su categoría no está facultada para proponer una sanción, sino que necesariamente debe brindar su asesoramiento y, sólo si no es atendido, podrá entonces incoar un procedimiento de clasificación profesional, pero nunca sancionador. Y esto es grave porque la doctrina jurisprudencial de la obediencia debida en combinación con la que impide la imposición de sanciones administrativas en supuestos de discordancia entre la categoría que ostenta el trabajador y las funciones que desempeña en ocasiones puede convertirse en un seguro de inmunidad empresarial contra los riesgos de una conducta incorrecta. Existe, sin embargo, alguna Sentencia del Tribunal Supremo que confirma sanciones administrativas al empresario que exige trabajos no incluidos en el ámbito de la categoría (74).

(71) DIEGUEZ, G. "Sobre la obediencia del trabajador", Rev. Pol. Soc. n.º 91, julio-septiembre. 1.971, pág. 93.

(72) Consúltese la SIDEROMETALURGICA, art. 99. Otras Reglamentaciones se refieren al abuso de autoridad sin definirlo. Así las de CONSTRUCCION, art. 162 y QUIMICAS, art. 82. En estos casos es la indeterminación del concepto la que dificulta su aplicación.

(73) El procedimiento administrativo especial para la imposición de sanciones por infracción de leyes sociales fué aprobado por Decreto de 10-7-75.

(74) S. T. S., CA. de 22-5-61 (R. 2.400) Levantada Acta de Infracción a una empresa por sancionar a una fregadora con pérdida de cinco días de haberse negado a realizar trabajos de distinta categoría, el T. S. confirma la actuación administrativa sin plantearse siquiera el tema de la competencia.

La facultad de resolver el contrato mediante una indemnización y la existencia de posibles sanciones para la conducta abusiva del empleador no constituyen remedio suficiente para defender los derechos del trabajador y por ello tiene presente especial relieve la cuestión de si el trabajador puede anular la propia decisión empresarial (75).

A la facultad empresarial de exigir unas determinadas prestaciones se corresponde por parte del trabajador un deber de obediencia al cual se refieren los arts. 69 y 71,b) de la Ley de Contrato de Trabajo. El primero enuncia el deber: "Es deber del trabajador cumplir los Reglamentos de trabajo, así como las órdenes e instrucciones del jefe de la empresa, de los encargados o representantes de éste y de los elementos del personal de la misma que le asistan;" el segundo señala las consecuencias de su inobservancia: "Se estimarán causas justas de despido del trabajador por el empresario las siguientes: b) la indisciplina o desobediencia a los Reglamentos de trabajo dictados con arreglo a las Leyes."

La obediencia del trabajador en general y específicamente en relación con el poder de dirección del empresario ha recibido en nuestra doctrina un tratamiento adecuado que nos exime de reiteraciones innecesarias (76). Cifémonos al tema de nuestra investigación, el aspecto que reviste interés es el de si el trabajador puede rechazar la ejecución de una tarea que estima ajena al ámbito de su obligación de hacer. Dentro de un sistema jurídico las órdenes empresariales que hacen nacer el deber de obediencia no pueden ser más que aquellas que están sometidas al Derecho, lo cual supone, entre otros requisitos, que la orden se refiera a las prestaciones exigibles al trabajador. Una teoría elemental al respecto podría elaborarse en base al silogismo de que el deber de obediencia se fundamenta en el ejercicio de unas potestades legítimas y que si falla la legitimidad no hay obligación de obedecer. Consiguen -

(75) ALBIL MONTESINOS, I. "La resolución....." cit.pág.112.

(76) Pueden consultarse DIEGUEZ, GONZALO: "Sobre la obediencia del trabajador" pág.77 y MONTOYA "El poder....."cit.pág.244. s.

temente sería perfectamente lícito y no puede acarrearle ningún perjuicio al trabajador la no ejecución de unas tareas viciadas de ilicitud. Esta facultad reconocida al trabajador de oponerse a unas órdenes injustificadas es lo que se denomina *ius resistentie*, el cual presenta unos perfiles especialmente ásperos por la dificultad intrínseca inherente a la delimitación precisa de las prestaciones exigibles y por su estrecha conexión con el mantenimiento de la disciplina de la empresa.

La doctrina que se ha ocupado del problema se muestra generalmente favorable al *ius resistentie*. VALDES centra la cuestión en los siguientes términos: "en definitiva se trata de reconocer que frente a un *ius variandi* abusivo o ilícito, al trabajador corresponde un legítimo *ius resistentie* (77). RODRIGUEZ PIÑERO y ALBIOL MONTESINOS mantienen idéntica postura (78).

DIEGUEZ parece alinearse en la misma posición, si bien más que un juicio propio aporta un criterio jurisprudencial favorable al *ius resistentie* que estima predominante. No obstante este autor en relación con el deber de obediencia en general mantiene una presunción de legitimidad en virtud del cual el trabajador debe obedecer las órdenes dadas sin perjuicio de impugnarlas a posteriori (79).

Postura contraria al *ius resistentie* mantiene MONTOYA, para quien "el principio de la reclamación frente a la orden ilícita, previo su cumplimiento, está sin duda fundado en la presunción *iuris tantum* en favor de la legitimidad de las decisiones empresariales" y entiende que "como norma general, la desobediencia sólo estará justificada en caso de que la orden imponga una conducta manifiestamente ilícita o dañosa". (80).

En caso de divergencia sobre la obligatoriedad de realizar un trabajo la jurisprudencia mantiene el principio de que el trabajador siem-

(77) "La ruptura...." cit., pág. 46.

(78) "Apuntes de Derecho del Trabajo" Sevilla s/f. pág. 168 y "la resolución....." cit. pág. 115.

(79) "Sobre la obediencia...." cit. págs. 92 y 94.

(80) "El poder de dirección....." cit. págs. 252-253.

pre debe ejecutar las funciones que se le encomienden., sin perjuicio de que seguidamente inicie el procedimiento impugnatorio de la orden empresarial. El Tribunal Supremo ha elaborado esta tesis en diversas sentencias que ponen fin a pleitos por despido de trabajadores que se negaron a la realización de determinadas funciones. Lo que confiere un carácter más rígido a esta doctrina es que en ocasiones el Tribunal Supremo aprecia la desobediencia sin plantearse siquiera la posibilidad de que el trabajo de distinta categoría pudiera ser improcedente (81). El Tribunal Central de Trabajo mantiene idéntica doctrina (82).

Expuesta la doctrina jurisprudencial dominante sobre el ius resistentiae debemos citar asimismo algunas sentencias favorables a este derecho, insuficientes hasta el momento para contrarrestar el criterio más generalizado (83).

Pueden citarse algunas que moderan el deber de obediencia cuando las tareas encomendadas entrañan un inminente peligro de accidente(84), si bien FERNANDEZ MARCOS, que ha estudiado el tema del ius resistentiae en relación con la seguridad e higiene en el trabajo, ha llegado a la conclusión de que "en general nuestra jurisprudencia viene a sentar un principio de necesario acatamiento a las órdenes del empresario ante la realización de tareas peligrosas, sin perjuicio de reclamación posterior"(85).

Por último cabe destacar que obviamente cuando previamente existe un acuerdo administrativo o jurisdiccional sobre la improcedencia de

(81) S.T.S. Social, 11-11-57 (R.3168), 17-1-61 (R.199), 23-12-61 (R.4336), 28-5-62 (R.2937), 28-10-66 (R.4687), 22-2-68 (R.530), 22-3-69 (R.1273), 18-11-70 (R.5139), 10-7-73 (R.3295).
(82) Sentencias de 5-3-64 (Jur.Soc.Ref.765), 19-5-64 (Jur.Soc.Ref.1002), 6-11-69 (Jur.Soc.Ref.644), 30-11-73 (Jur.Soc.Ref.534), 5-2-73 (R.522-I), 9-2-73 (R.617), 22-2-73 (R.853), 19-11-75 (R.5147).
(83) S.T.S.Social, 10-10-68 (R.4329) declara improcedente el despido de un ajustador que se negó a tornear un punzón, aunque sabía hacerlo, e incluso lo había hecho en otras ocasiones, alegando que en la fábrica existía un profesional de oficio tornero. "Para que en punidad se pueda hablar de desobediencia es preciso que lo que se manda hacer tenga obligación de hacerlo el subordinado". El Tribunal Central ha apreciado así mismo las órdenes ajenas al contenido de la categoría como eximente de la obligación de obedecer. Así S.T.C.T.30-11-63 (Jur.Soc.Ref.374) Ayudante de contramaestre a quien se encomiendan trabajos de personal obrero. S.T.C.T.2-2-67 (Jur.Soc.Ref.51) Ayudante de cabina que se niega a recoger propaganda fuera del centro de trabajo. S.T.C.T.28-10-68 (Jur.Soc.Ref.517) administrativo que se niega a limpiar un gallinero.
(84) Así S.T.S.SOCIAL, 2-10-73 (R.3591). La S.T.S.SOCIAL, 28-10-66 (R.4687)
(85) "La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público". Madrid, 1.975, pág.119.

la nunca es considerada constitutiva de un acto de desobediencia (86).

Por nuestra parte entendemos que la negativa al reconocimiento del *ius variandi* cuando falta el deber de obediencia otorga una protección desproporcionada a una de las partes cuyos intereses se contraponen . Por eso no comprendemos la actitud de la jurisprudencia cuando ante un hecho consumado de *ius resistentiae* condena al trabajador sin siquiera entrar a conocer si la orden era correcta ya que resulta inaceptable el argumento de que el trabajador debe renunciar a sus derechos en aras de un principio de disciplina sobrevalorado y mal entendido, dado que la disciplina en estas condiciones se convierte en abuso manifiesto(87). Matizar la exigencia de sometimiento subordin'andola a que las órdenes no sean manifiestamente ilegítimas o no se refieran a cuestiones ilícitas no es suficiente, dado que el criterio sobre la ilicitud de una conducta envuelve casi siempre apreciaciones subjetivas divergentes.

La dureza de la doctrina contraria al *ius variandi* ha pretendido ser suavizada con la posible reclamación posterior. Es una fórmula de compromiso que conduce a un callejón de difícil salida. Si la tarea encomendada era momentánea cualquier procedimiento administrativo o jurisdiccional que incoe el interesado finalizará cuando el trabajador se haya reintegrado a su primitivo puesto y no tendrá interés en plantear un conflicto que aparecería más bien como una cuestión de honrilla personal y con escasos resultados prácticos. Si la nueva tarea objeto de discrepancia debe realizarse con carácter definitivo, el tiempo que transcurra hasta que la sentencia sea firme corre en contra del trabajador quien, incluso con una sentencia favorable a su criterio, puede encontrar serios obstáculos para ejecutarla si el empresario se muestra

(86) Recogen este supuesto la Sentencia del T.S.SOCIAL, 8-5-65(R.4184) y la del T.C.T. de 16-1-74 (R.148)

(87) En el mismo sentido VALDES, "La ruptura....." cit. pág.46. "La más grave crítica que , a mi juicio, cabe hacer a esta doctrina-cuya conexión con la teoría que configura a la empresa como comunidad organizada y jerarquizada es patente- es que presupone que la apreciación subjetiva de la orden, efectuada por el trabajador, y su correspondiente rechazo, determina un acto de desobediencia; acto que impide tont court entrar en el examen de lo que constituye el fondo del asunto: la licitud o no de la orden"

dicial, pero si el empresario adopta una postura pasiva en el encargo de funciones adecuadas al trabajador éste se encontrará en una posición embarazosa.

Reducir la consideración del *ius resistentie* a establecer un criterio sobre si nuestro derecho lo admite o lo rechaza o sobre si por razones éticas y prácticas debe o no ser admitido es minusvalorar la trascendencia de este problema y la enorme conflictividad, manifiesta unas veces y latente otras, que origina en el ámbito de las relaciones laborales. Admitir el *ius resistentie* en base a que las órdenes empresariales sean ilegítimas y que así se declare en un procedimiento adecuado, equivale a negarlo en la práctica, ya que en esta materia tan imprecisa, como es la del ámbito de las categorías y la de las limitaciones del *ius variandi*, nadie garantiza al trabajador la corrección de su apreciación y, si se equivoca, el error puede costarle la continuidad no sólo en sus funciones sino en su empleo. Completamente distinta es la postura del empresario la cual aún reconocido el *ius resistentie*, continúa siendo privilegiada ya que un fallo desfavorable para él sólo se traduciría en la confirmación de la postura del trabajador y si acaso en el pago de unas cantidades posiblemente insignificantes y en todo caso infinitamente menos gravosas que la pena impuesta al trabajador.

Sólo puede hablarse de un *ius variandi* eficaz si la oposición del trabajador a la orden pretendidamente exorbitada paralizase la ejecución de tarea en tanto no se resolviese la discrepancia de un órgano competente. Esta solución pudiera ser eficaz si realmente existiera un comité paritar que con una actuación muy rápida solventase estas cuestiones o, al menos, emitiese un dictámen vinculante en tanto no se acuda al órgano judicial competente que, como es sabido, no es otro que la Magistratura de Trabajo (88). A pesar de la abierta protección brin-

(88) MONTROYA. "El poder...." pág. 255. "Desde un punto de vista laboral, la Jurisdicción del Trabajo es competente para conocer *ratione materiae*, las pretensiones deducidas por uno o varios trabajadores como consecuencia de haber recibido órdenes ilegítimas". Este criterio de acuerdo con los principios reiteradamente mantenidos por nuestro más alto Tribunal deja desprovistas de sentido las referencias contenidas en algunas sentencias del mismo a la posibilidad de reclamar ante la Autoridad Laboral.

dada a las facultades organizativas por nuestra legislación de Convenios Colectivos (89) no parece que sea inviable la búsqueda de fórmulas de este tipo a través de la negociación colectiva. Por supuesto que por este procedimiento no se resuelven las fricciones cuando es imprescindible una actuación muy rápida, ya que cualquier aplazamiento en estos casos equivaldría a negar la posibilidad de atender las emergencias. Pero pudiera ser válido en otros muchos.

La necesidad de un organismo, revestido de conocimiento de la realidad de la empresa e imparcialmente aceptables, es tanto más útil cuanto que, como acaba de decirse, el único órgano oficial competente para resolver las discrepancias en esta materia es la Magistratura de Trabajo, cuyos pronunciamientos no pueden instarse por vía de consulta, sino a través de un procedimiento litigioso aún cuando el mismo pueda adoptar la forma de un juicio declarativo de derechos (90). Como consecuencia de este hecho en la vida de la empresa es muy frecuente no solamente el supuesto del trabajador que ante una orden de dudosa legitimidad opta por cumplirla en evitación de los inconvenientes que puede tener la formulación de una demanda, sino también la perplejidad del empresario de buena fe que, acosado por idéntica duda, vacila en encomendar tareas a sus trabajadores para no deteriorar las relaciones humanas en la empresa.

(89) Ley 19-12-73, art. 4º.

(90) Pueden consultarse las S.T.C.T. de 2-4-64 (Jur.Soc.Ref.714), 26-11-70 (Jur.Soc.Ref.501) y 4-7-73 (R.30977).

2. SOBRE LA REMUNERACION DEL TRABAJO.

La categoría constituye factor de primaria relevancia en la retribución del trabajador en cuanto que las tablas salariales de Reglamentaciones y - Convenios Colectivos, de obligado acatamiento por las partes de la rela - ción laboral, se fijan precisamente en función de la categoría. Sin embargo su influencia en los múltiples componentes del salario ofrece grados diver - sos de intensidad, de tal manera que la equivalencia categoría-salario en - unos casos aparece nítida y en otros se desdibuja y llega a resultar casi - imperceptible. Por otra parte el ejercicio del ius variandi empresarial sobre la prestación del trabajador afecta intensamente a las conexiones entre ---- función y categoría con el salario, llegando incluso a provocar la ruptura - del principio. Ambos aspectos clarificadores de los efectos de la clasific a - ción profesional sobre la remuneración del trabajo son objeto de considera - ción separada.

2.1. SENTIDO DE LA EQUIVALENCIA CATEGORIA-SALARIO.

Cuando en un sistema salarial aplicable a una colectividad de trabajadores concurren conjuntamente los requisitos de fijación por tiempo, circunstan - cias personales y de puesto de trabajo idénticas y ausencia de contratos -- individuales que mejoren las condiciones generales, entonces y sólo enton - ces se realiza plenamente la equivalencia categoría-salario. En la práctica - difícil será encontrar una situación ajustada estrictamente a este modelo. - Lo normal es que la categoría sólo opere como un sumando más, siquiera sea - el más importante, entre los que componen la retribución total; como un punto de referencia para la fijación de otros sumandos; o como garantía de un ni - vel mínimo que debe alcanzar la suma total. Pero en esta intervienen elemen - tos ajenos a la categoría. Un exámen permenorizado de los mismos ayuda a va - lorar adecuadamente la correspondencia categoría-salario.

- Complementos a los que puede o no tener derecho cada trabajador en con - creto de acuerdo con circunstancias ajenas a la categoría profesional, pero que sin embargo se fijan tomando esta como módulo. Así dos trabajadores de la misma categoría pueden percibir un distinto complemento por antigüedad si su permanencia en la empresa no es la misma, pero coincidirá el complemento si - coincide la antigüedad. Claramente se advierte que la clasificación profesional no determina sin más la retribución, pero que le afecta. En este supuesto no - puede afirmarse que exista ruptura del principio de equivalencia entre ---- categoría y retribución. (91)

(91) Véase el Decreto de 17 de agosto de 1.973 de ordenación de la retribu -

- Cantidades suplementarias que perciben los trabajadores por encima de los mínimos legalmente exigibles. En nuestro derecho laboral impera el principio de norma mínima, en virtud del cual los salarios fijados legal o convencionalmente en disposiciones de carácter generales no son necesariamente los que deben percibir los trabajadores sino que constituyen límites mínimos. Existe libertad para negociar individualmente salarios superiores, los cuales lógicamente se diversifican ampliamente dentro de cada categoría profesional. Trabajadores clasificados uniformemente por razón de la función que desempeñan son diversamente retribuidos y ni siquiera la graduación salarial respeta la jerarquía de categorías, de tal suerte que el trabajador de una determinada categoría puede estar mejor retribuido que el de una categoría superior.

Este fenómeno no destruye plenamente la equivalencia categoría - retribución en el ámbito legal, ya que aunque los salarios reales son diferentes, lo cierto es que los exigibles coinciden para todos los trabajadores que ostentan idéntica categoría, si bien esta afirmación debe ser matizada con la consideración del respeto a los contratos individuales de trabajo y al principio de derechos adquiridos.

- Sistema de retribución por rendimiento. La diversificación salarial entre trabajadores de la misma categoría puede realizarse también en base a la productividad. Dichos sistemas miden la cantidad de trabajo para fijar la retribución, teniendo en cuenta que trabajadores ocupados en la misma función y con la misma cualificación profesional alcanzan grados diversos de rendimiento. Incluso entonces no desaparece la referencia a la categoría profesional, ya que el Decreto de ordenación del salario de 17 de agosto de 1973, art. 12, determina que las normas sectoriales fijarán unas cotas mínimas que en todo caso deben alcanzarse y que en definitiva reconducen a las tablas salariales por categorías profesionales.

del salario por cuenta ajena. El art. 8º remite a otras normas para la fijación de módulos de cálculo de los complementos, indicando que los mismos podrán ser iguales o superiores al salario base y sabido es que en nuestro sistema laboral el salario base se fija en función de las categorías.

El examen de los diversos supuestos descritos pone de manifiesto cómo la categoría no predetermina totalmente el nivel salarial real -- sino que se limita a garantizar el nivel mínimo. Un trabajador puede percibir un salario superior al de sus compañeros de categoría, incluso superior al de quienes ostentan categorías superiores, sin que por ello se rompa la equivalencia entre categoría y salario. Lo que no puede válidamente ocurrir es que algún trabajador perciba salarios inferiores a los marcados para la categoría que tiene asignada o más exactamente, como luego se verá, para la categoría en que están incluidas las tareas que efectivamente realiza. REPULLES ha resaltado cómo la jerarquía de categorías no se corresponde con la salarial en la realidad de las empresas y criticaba esta situación como fuente de frustraciones en el trabajador que asciende de categoría y no experimenta un paralelo incremento salarial (92). Los movimientos obreros más recientes no participan de este criterio y suelen incluir entre sus plataformas reivindicativas aumentos salariales uniformes para todas las categorías.

2.2. RETRIBUCION DE TRABAJOS DE DISTINTA CATEGORIA

La hipótesis de que el empleador exija la realización de tareas ajenas al contenido de las categorías reconocidas ha sido estudiado como mera facultad empresarial y correlativa obligación del trabajador. Ahora vamos a considerar los efectos que sobre la retribución tiene la ejecución de los trabajos de superior o inferior categoría.

2.2.1. Trabajos de superior categoría

Si el correcto funcionamiento de la empresa requiere que los trabajadores desarrollen temporalmente funciones de superior categoría sin acceder a esta, la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto postula que la retribución se acomode a la función realizada, rompiéndose la correlación categoría-salario. Es decir que en la trilogía función-categoría-salario se ligan directamente el primero y tercer elementos mientras que la categoría no se corresponde con ninguno de ellos.

Así lo entienden todas las Ordenanzas y es este uno de los pocos puntos relacionados con la clasificación profesional en que se aprecia una coincidencia casi plena. En supuestos específicos aparecen, no obstante,

(92) " Observaciones sobre categoría y sueldos". Fomento Social, 1961, oct-dic. nº 64.

algunas excepciones difíciles de compaginar con la salvaguardia del principio de enriquecimiento injusto.

- La Ordenanza de COMERCIO art. 39, contiene una singular prescripción en virtud de la cual no tiene derecho a la diferencia de retribución quien sustituye a un compañero enfermo mientras que por la empresa se le satisfaga la remuneración que le correspondería si estuviese en activo. A este respecto debe tenerse en cuenta que esta Ordenanza reconoce al personal en situación de incapacidad laboral transitoria el derecho a que la empresa le complete las prestaciones obligatorias de la Seguridad Social hasta el importe íntegro de sus retribuciones durante doce meses (art. 54)

- OFICINAS, art. 27 y CONSTRUCCION, art. 112, No se retribuyen como de categoría superior los trabajos que los interesados realicen de acuerdo con la empresa con objeto de prepararse para el ascenso.

- ELECTRICIDAD, art. 54. La diferencia de salarios sólo se percibe si las funciones correspondientes a la categoría superior son realizadas durante más de cinco días continuos, si bien desde el primer día.

La consolidación del derecho al salario de superior categoría por el transcurso del plazo máximo previsto en las Ordenanzas, cuyo significado y requisitos fueron objeto de consideración en otro lugar, puede entenderse como la adquisición del derecho a un nivel salarial más alto que no puede ser disminuido pero que compensa las sucesivas elevaciones que experimenten los salarios de la categoría inferior hasta que se igualen o por el contrario como una verdadera incorporación del trabajador a las condiciones laborales de la categoría superior. La opción se traduce en determinar si el trabajador que se encuentra en esta situación le afectan los aumentos salariales aplicables a la categoría superior. Nos inclinamos por la respuesta afirmativa, ya que todas las Ordenanzas prescriben que se consolida el salario de la categoría, no la cuantía del salario percibido durante el periodo de realización de los trabajos superiores. Por tanto los posteriores aumentos salariales no pueden absorber la diferencia. Este es el criterio mantenido por la Dirección General de Trabajo (93)

(93) RDGT, 5-10-70 (Citada por AYERRA en "Ind. Sidero." cit. pág. 282

" Los trabajadores que consolidan un salario de superior categoría a la que ostentan, en los casos de dicho precepto, disfrutarán en lo sucesivo las mejoras y vicisitudes que afecten a los referidos salarios superiores "

2.2.2. TRABAJOS DE CATEGORIA INFERIOR

La realización de trabajos de diferente categoría comporta la correspondencia entre función y salario cuando aquella es superior y entre categoría y salario cuando la función es inferior. La protección del trabajador en este segundo supuesto buscada intensamente a través del juego de limitaciones impuesto al poder de variación empresarial, sería incompleto si no quedara garantizado el principio de respeto a las precepciones económicas del trabajador. La asignación de un trabajo distinto se justifica por la aparición de tareas inaplazables cuya desatención acarrearía graves trastornos al empresario que el llamado a soportar el riesgo de empresa. Ya resulta extraordinario otorgar a una parte del contrato el poder de modificar el trabajo pactado y llegaría a ser abusivo que pudiera también por este medio modificar la retribución. La doctrina que, como se ha explicado en su momento, se muestra generalmente contraria al encargo de funciones de inferior categoría, ha hablado un tanto despectivamente de la conservación de la superior retribución calificándola de monetización del perjuicio irrogado al trabajador (94). En todo caso en el punto en que no existe duda alguna es en la afirmación de que el encargo de tareas de inferior categoría nunca puede implicar un perjuicio económico para el trabajador. Y conviene recalcar que la fijación de una indemnización preestablecida cuando se realizan trabajos de inferior categoría en manera alguna puede entenderse como admisión sin más de la facultad de exigir estos trabajos.

El principio de que los trabajadores destinados a desempeñar funciones de inferior categoría deben conservar el correspondiente a la que, a pesar del cambio de funciones, siguen ostentando, se encuentra recogido en la casi totalidad de las Reglamentaciones (95). Sin embargo, no es suficiente proclamar el mantenimiento de la retribución inherente a la categoría cuando sabemos la existencia de conceptos salariales, de extensa repercusión en la cifra final

(94) TREU " I poteri del imprenditore... " cit. pág. 212
POCHINI " Mansioni e qualifiche ... " cit. pág. 52

(95) Excepcionalmente la Ordenanza de OFICINAS Y DESPACHOS, art. 28 establece que cuando el destino a labores inferiores sea debido a fuerza mayor, no imputable a la empresa, y sin conveniencia ni beneficio para esta, serán también remunerado el personal según la función que sea necesario señalarle.

resultante, que no guardan total correlación con la categoría profesional y cuyo mantenimiento plantea razonables dudas. " La cuestión nodal - escribe VALDES (96) - se centra, pues, en determinar si el derecho a conservar la retribución de la categoría de origen afecta a los devengos extras categoriales ". En base a la postura adoptada ante este problema, las Ordenanzas ---- pueden ser agrupadas en tres apartados:

- Las que garantizan el nivel retribuido total anterior al cambio. -- Son estas la de ALIMENTACION, art. 17 " seguirá percibiendo el salario y - demas emolumentos que le correspondan por su categoría "; la de CONSTRUCCION art. 114, " el salario y demas emolumentos que por su categoría y función -- anterior le corresponda " y la TEXTIL art. 61, que con carácter general --- para todos los supuestos de movilidad determina que " percibirá la retribución correspondiente al nuevo puesto de trabajo, sin que en ningún caso pueda ser inferior a la que percibía en su puesto de origen".

- La Ordenanza SIDEROMETALURGICA distingue según que el cambio esté motivado por necesidades del servicio, entendidas en el sentido generoso -- para el empresario que ha hemos comentado, o por simple conveniencia. En el primer caso el trabajador conserva el salario asignado a su categoría o a - su persona y en cuanto a las demás condiciones económicas se rige por las - del nuevo puesto. En el segundo, se le mantienen todas las percepciones ---- (art. 25,d) y f). Si el cambio de puesto es provisional y el nuevo puesto no estuviese a incentivo, se le garantiza la prima que viniera percibiendo --- (art. 26).

- La mayoría de las Ordenanzas (de las principales, todas las no mencionadas expresamente) coinciden en que el trabajador destinado a tareas de inferior categoría conservará el salario correspondiente a la que tiene --- reconocida, sin especificar nada en relación con los devengos que no van - ligados a la categoría. Esta omisión y la redacción literal que sólo protege la retribución estricta de la categoría ha movido a un sector de la doctrina a entender, aunque lo censure, que estas Ordenanzas limitan la inalterabilidad de la retribución a la que tenga carácter estrictamente categorial(97).

(96) " La ruptura " cit.pág. 40

(97) VALDES DAL RE " La ruptura " cit. pág. 41

Entendemos que la insuficiencia de la norma en cuanto a los conceptos vinculados al puesto y no a la categoría debe ser integrada mediante la --- referencia a otras normas de las cuales se deriva con claridad el manteni--- miento del montante total de retribuciones. Para desvirtuar el contenido de--- las mismas será necesaria una mención expresa en este sentido. Nos referi --- mos a la Ley de Contrato de Trabajo por una parte y al conjunto de disposi--- ciones que fundamental legalmente el respeto a la dignidad del trabajador --- por otra.

- La Ley de Contrato de Trabajo, art. 64,2 no habla de conservación --- del nivel retributivo, sino de indemnización. Entendemos que recoge la idea muy comprensible de que la mera realización de tareas inferiores entraña --- para el trabajador inconvenientes de tipo humano y social que justificarían una compensación económica consistente en una retribución superior a la que habitualmente percibe. Las dificultades inherentes a cualquier procedimiento indemnizatorio unido a que los crecientes cambios en la vida de las empre --- sas han propiciado criterios más flexibles son sin duda las razones por las que las Ordenanzas han abandonado el criterio de las indemnizaciones. Pero --- lo que resultaría ir demasiado lejos y claramente opuesto al citado artículo es que el trabajador constreñido a desempeñar funciones de categoría infe --- rior no sólo no obtenga compensación económica alguna, sino que además sufra mengua en sus retribuciones (98)

- El respeto a la dignidad del trabajador concretado en que las ta --- reas encomendadas no supongan vejación ha sido suficientemente desarrollado. Aquí queremos destacar que difícilmente no será considerado discriminatorio por el propio interesado y por sus compañeros un trabajo que lleve apareja --- da una menor retribución.

Llegado a este punto de nuestra reflexión en el que hemos pretendido demostrar la intangibilidad de las retribuciones del trabajador destinado a puesto de inferior categoría, no quedan ni mucho menos solventadas los --- problemas relacionados con la fijación de su retribución. Queda el tema de --- la posible absorción por elevaciones salariales posteriores. Aún rechaza --- la posibilidad de absorciones, será ingenuo desconocer el juego de las llama --- das retribuciones voluntarias de tan difícil control. Cabría que el trabaja --- dor participase de los sucesivos aumentos salariales fijados para su catego --- ría legal o contractualmente, pero quedase fuera de los reajustes realizados

(98) STS 11-5-67 (R.3009) " No se trata de salvaguardar solo los efectos tuitivos del principio " in dubio pro operario" sino del respeto a los prin --- cipios encaminados a garantizar la integridad de la retribución normal ----

mediante las mejoras individuales. Por otra parte se hace necesario diferenciar los complementos salariales que responden a una valoración de -- tareas de aquellos otros que tratan de compensar unas condiciones de trabajo mas duras. Los segundos (plus de penosidad, nocturnidad o similares) no parece justificado que se mantengan si en el nuevo puesto no subsisten las circunstancias adversas que los originan, mas por otra parte suponen para el trabajador ingresos habituales con los que cuenta en su presu -- puesto. Por último si en el nuevo puesto las tarifas de primas son más -- bajas, deberán mantenerse las tarifas propias del puesto anterior, pero -- podrá ser exigible un rendimiento medido y cabe que el trabajo aún siendo propio de una categoría inferior y teóricamente más fácil, la ausencia -- de práctica, haga que el rendimiento sea más bajo. Un estudio detallado de todos estos problemas excede del ámbito de nuestra investigación, ya que -- si tenemos en cuenta que las tareas inferiores sólo pueden ordenarse con carácter excepcional y transitorio, de cumplirse esta condición, no tienen relevancia. dichos problemas. En este supuesto y para evitar enojosas derivaciones conflictivas, entendemos que la solución más razonable consiste -- en calcular las retribuciones en el puesto de inferior categoría en fun -- ción de las percepciones medias de un periodo inmediatamente anterior al -- cambio, de forma similar a como se calculan durante los periodos de ----- vacaciones. Mediante esta fórmula se configura una garantía firme para el -- trabajador y, dada la excepcionalidad del supuesto, el empresario no ----- puede resultar sensiblemente dañado.

tipificable contra cualquier merma que se deba a una conveniencia de la -- empresa, admisible en cuanto supone el ejercicio de facultades legales de -- dirección pero no en su consecuencia, de perjudicar las contraprestaciones derivadas de los vínculos formales con el personal afectado por aquella -- iniciativa".

3. SOBRE OTROS ASPECTOS DE LA RELACION LABORAL

3.1. JORNADA Y DESCANSOS

La clasificación profesional incide en el tiempo de prestación del trabajo a través de una doble vía. En unos casos la propia naturaleza de determinados trabajos entraña particularidades de imprescindible reconocimiento. En otros la categoría sirve de base a diferencias en materia de jornada y vacaciones sin que puedan apreciarse razones sólidas que las impongan.

Las Leyes de Jornada Máxima Legal de 1 de julio de 1.931 y de Descanso Dominical de 13 de julio de 1.940, así como el Reglamento de la segunda, contienen minuciosas prescripciones para determinadas clases de trabajos. Unas veces aluden a actividades en general afectando a todos los trabajadores que presten servicios en ellas, mientras que otras se circunscriben a funciones concretas propias de categorías específicas de trabajadores, tales como pastores, porteros, vigilantes, conductores o dependientes de comercio, entre otras. Las excepciones a las reglas generales en materia de jornada y descanso dominical son fácilmente comprensibles.

Otras veces las diferencias se encuentran recogidas en las normas de carácter sectorial y no tienen más explicación que la menor fuerza negociadora de los trabajadores encuadrados en las categorías más modestas y el mantenimiento de situaciones nacidas por alguna causa circunstancial. Afortunadamente casi todas las diferenciaciones en materia de jornada por categorías, han sido suprimidas al entrar en vigor la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1.976 que ha establecido con carácter general el cómputo semanal de cuarenta y cuatro horas. Entre las Ordenanzas que hemos seleccionado como más representativas actualmente ninguna conserva jornadas distintas en función de la categoría. Durante su vigencia especialmente polémico fué el art. 50 de la Ordenanza Siderometalúrgica de 29 de julio de 1.970 (que reproduce el art. 67 de la de 27 de julio de 1.946 que venía a sustituir) actualmente derogado por Orden de 20 de julio de 1.974, que establecía la jornada intensiva solamente para técnicos, administrativos y subalternos.

En cuanto a las vacaciones son escasas las Ordenanzas que establecen diferencias en el número de días de disfrute atendiendo a la categoría profesional. Entre aquellas que consideramos principales las de ACEITE (art.50), MADERA (art. 81) y QUIMICAS (art.57), las cuales establecen una escala con mayor número de días para los técnicos y empleados y menor número para obreros y subalternos. La tendencia actual no es favorable a la fijación de periodos diversos de disfrute de vacaciones atendiendo a la categoría profesional sin más, es decir, prescindiendo del puesto de trabajo concreto. La doctrina más caracterizada resalta la conveniencia de que se tenga en --

cuenta la mayor dureza del trabajo para fijar vacaciones más dilatadas⁽⁹⁹⁾ Aún reconociendo el mayor agotamiento psíquico producido por tareas cuya realización exigen elevadas cualificaciones profesionales, una diversificación del periodo de vacaciones automática favorecedora de las categorías superiores no se engarza en la línea de conceder más días de vacaciones a quienes desempeñen puestos de trabajo más penosos.

3.2 EL PERIODO DE PRUEBA

El periodo de prueba persigue la finalidad primordial de conceder al empleador la posibilidad de contrastar la aptitud del trabajador para el desempeño de la función que se le encomienda. Es obvio que dicha aptitud no se basa exclusivamente en unos conocimientos de carácter profesional. Existen cualidades físicas y morales que el empresario valora intensamente y que incluso en determinados puestos deben anteponerse a cualquier otra consideración. Por otra parte el periodo de prueba también cumple el cometido de servir al trabajador para experimentar las condiciones en que va a desarrollarse su trabajo, si bien, por el juego de la normativa vigente en materia de despidos y ceses voluntarios, el periodo de prueba supone para el trabajador más perjuicios que beneficios. Aún con las salvedades formuladas cabe afirmar que lo que se trata de probar es básicamente la capacitación profesional del trabajador. En congruencia con esta premisa las Ordenanzas laborales fijan la duración del periodo de prueba en función de la categoría de los trabajadores, ya que cuanto más elevada sea esta mayor será el tiempo requerido para comprobar si el trabajador se encuentra capacitado para desempeñarla.

Todas las Ordenanzas diversifican el tiempo máximo de duración de la prueba en relación con la clasificación profesional. Los plazos son análogos, pero no idénticos. Para el personal titulado y técnico suele ser de seis meses y nunca es inferior a cuatro. El personal administrativo suele-

(99) Vide como resumen de esta doctrina: RUPRECHT " El derecho a vacaciones; su regulación legal y convencional". Ponencia II del Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y las conclusiones VII y VIII de dicha Ponencia. La VIII dice así: " Cuanto más complicada y penosa sea la tarea, mayor deberá ser el plazo de las vacaciones".

estar en prueba uno o dos meses en la mayoría de las Ordenanzas. Para subalternos y obreros cualificados está generalizada la duración de un mes y para los obreros no cualificados la de dos semanas (100)

La Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1.976, art. 17 ha regulado por primera vez con carácter general el periodo de prueba estableciendo una duración máxima en relación con la clasificación profesional. Es esta la de seis meses para los técnicos titulados, dos semanas para los trabajadores no cualificados y tres meses para los restantes.

3.3 EL PREAVISO EN LA DIMISION DEL TRABAJADOR

Como señala ALONSO OLEA, " la voluntad resolutoria del trabajador -- tiene que estar amparada en una causa que le legitime, pues de otro modo el cumplimiento del contrato de trabajo quedaría a su arbitrio, contra la regla general del derecho de los contratos que expresa el artículo 1.256 del Código Civil, y como en el caso del empresario, el ordenamiento ha de reaccionar de algún modo frente a la resolución no causal en cuanto acto ilegítimo o antijurídico". La reacción del ordenamiento no se traduce en la privación de eficacia del acto extintivo, porque supondría sujetar al trabajador a una especie de " servidumbre contractual " incompatible con la nota de libertad que se predica como esencial del contrato de trabajo (101). Reacciona estableciendo una indemnización de daños y perjuicios -- a cargo del trabajador y a favor del empresario. (Ley de Contrato de Trabajo, art. 81). La doctrina ha señalado el áspero camino que se abre ante el empresario que pretenda exigir esta indemnización y las muy escasas -- posibilidades de que llegue a recorrerlo con éxito (102). Para superar ---- este obstáculo las Ordenanzas que vienen promulgándose en los últimos años y muchos Convenios Colectivos han generalizado la fijación de unos plazos de preaviso que deben respetar los trabajadores que pretenden abandonar -- la empresa y si no lo hacen pierden el derecho a percibir en la liquidación final determinadas cantidades en las que se cifra la indemnización al empresario y que consisten en la mayoría de las Ordenanzas en un día de ---- (100) Para una mayor concreción recordemos las escalas de duración del periodo de prueba en las dos Ordenanzas de más amplio ámbito personal: -- CONSTRUCCION: Técnicos titulados: seis meses; empleados: dos meses; --- Personal obrero: dos semanas; Aprendices: un mes. SIDEROMETALURGICA: --- Técnicos titulados: seis meses; Técnicos no titulados: dos meses; ---- Administrativos: un mes; Subalternos: un mes; Aprendices y Profesionales de oficio: un mes; Peones y especialistas: quince días.

(101) ALONSO OLEA, M. "Derecho del Trabajo " cit. pág. 284

(102) ALONSO OLEA, M. "Introducción al Derecho del Trabajo" cit. pág. 164

salario por cada día de retraso en el aviso. (ACEITE, art.31; ALIMENTACION, art. 19; BEBIDAS, art. 10; HOSTELERIA, art. 29; QUIMICAS, art. 40; SIDEROMETALURGICA, art. 28; VINICOLAS, art. 35). En alguna Ordenanza -- la indemnización consiste en la pérdida de la parte proporcional de --- gratificaciones extraordinarias (OFICINAS, art. 18).

En relación con la clasificación el dato destacado es el de la repercusión que ésta tiene sobre el número de días de preaviso. Casi todas las Ordenanzas fijan los plazos de preaviso tomando en consideración la categoría profesional de los trabajadores. Incluso Ordenanzas que omiten la concreción de los efectos indemnizatorios que lleva aparejada el incumplimiento del preaviso también lo diversifican para las distintas -- grupos profesionales. Los plazos usuales son de ocho a quince días para el personal obrero y subalternos y un mes para el restante. La diversificación de períodos tiene su fundamento en que las Ordenanzas sientan la premisa de que el perjuicio que al empleador produce la extinción del -- contrato por voluntad unilateral del trabajador es tanto mayor cuanto -- más elevada sea la categoría de este (103). El criterio es correcto ya -- que el empresario debe sustituirlo por otro y aún cuando no siempre los trabajadores mas cualificados sean más difíciles de encontrar, sí ocurre siempre que el proceso de acomodación a un nuevo puesto es tanto más -- prolongado cuanto más importante sea éste.

(103) ALONSO OLEA, M. "Derecho del Trabajo." ct.pág.312 hace notar como la sustitución inmediata del trabajador es imposible sólo respecto a cualificaciones muy altas o muy singulares.

3.4. DIETAS

La Ley de Contrato de Trabajo, art. 75, 4º, impone al empresario la obligación de " reintegrar al trabajador los gastos suplidos por éste- indispensables para la ejecución del trabajo". Estos gastos ocupan un - lugar destacado los que debe realizar el trabajador para atender a su - manutención y alojamiento cuando por razones de trabajo se ve precisado a utilizar estos servicios fuera de su domicilio particular o del lugar donde normalmente los realiza. La compensación de estos gastos puede ser realizada mediante el pago del importe de las facturas de los servicios efectivamente utilizados o mediante una cantidad alzada de cuantía fija, que recibe el nombre de dieta. Su carácter indemnizatorio aparece expresamente reconocido en la Orden de 22 de noviembre de 1.973, art. 4º.

Si la dieta es indemnización de gastos y no remuneración del trabajo, desde una perspectiva estrictamente laboral no se aprecian con claridad razones para que la cuantía se diversifique en función de la categoría profesional de quien realiza el gasto. Sin embargo, son bastantes las Ordenanzas que acuden a esta referencia para la fijación de las dietas. Ello se explica porque toman la categoría profesional como indicador de un status social que sirve de referencia para fijar el gasto que se considera razonable.

La incidencia de la clasificación profesional en la determinación del importe de las dietas reviste dos formas:

- Algunas Ordenanzas fijan exactamente la cuantía de las dietas para los distintos grupos profesionales. Así las de Aceite (art. 51), - Construcción(art. 147), Madera (art. 105).

- Otras Ordenanzas regulan las dietas de acuerdo con el del salario, lo cual equivale lógicamente a tener en cuenta las categorías en virtud de las cuales se estructuran los niveles salariales. Se pretende evitar el riesgo de que las cifras queden muy pronto desfasadas. Han aceptado esta fórmula las de ALIMENTACION, art. 72; CARNICAS (art. 84), ELECTRICIDAD - (art. 20), OFICINAS(art. 46). La de TRANSPORTES, art. 108, hace referencia al salario de cotización a la Seguridad Social.

Estrechamente ligado con la indemnización por gastos de manutención y alojamiento se encuentra la que tiene por objeto reintegrar al trabajador los gastos de locomoción. En este punto las Ordenanzas actualmente no suelen establecer diferenciaciones en razón a la clasificación profesional. Algunas excepcionalmente prevén que la categoría profesional determine distintas clases de billetes cuando el viaje se efectúa en ferrocarril. Así en MADERA, art. 105, los técnicos y administrativos viajan en primera y los obreros y subalternos en segunda.

4. SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL

4.1. Cotización.

En un primer estadio de la evolución de la Seguridad Social la cotización se realizaba en función de los salarios realmente percibidos por los trabajadores. Es la época en que el Ministerio de Trabajo a través de las Reglamentaciones fija para cada categoría profesional unas tarifas -- salariales que ostentan el carácter de mínimas y, salvo contadas excepciones, también de máximas. La categoría profesional sirve al legislador como instrumento para fijar simultáneamente el salario y la base de cotización.

En 1.958 una política salarial encaminada a favorecer los incrementos salariales por vía de concesiones unilaterales empresariales y sobre todo -- a través de Convenios Colectivos suprimió el freno que suponía la identidad entre salario y base de cotización. A partir de entonces las cotizaciones se ciñen a tablas de salarios de las Reglamentaciones mientras que los fijados en los Convenios y aún más los percibidos realmente se distancian progresivamente. Este fenómeno provocó el empobrecimiento de la Seguridad Social --- y una exagerada insuficiencia de sus prestaciones(104)

La reacción contra esta situación se produce en 1.963 con el Decreto 56/63 de 17 de enero que establece bases tarifadas en función exclusiva -- mente de la clasificación profesional de los trabajadores. El decreto agrupa todas las categorías profesionales en doce grupos para cada uno de los ---- cuales se fija una base. Para evitar cualquier duda o controversia sobre la inclusión de las diversas categorías profesionales de las Reglamentaciones en uno u otro grupo se promulga la Orden de 25 de junio de 1.963 que asimila las categorías de cada Reglamentación a las expresamente contenidas -- en la tarifa. Las disposiciones citadas convierten la clasificación profesional en eje fundamental del sistema de cotización a la Seguridad Social.

(104) ALONSO OLEA, MANUEL: " En torno a las cotizaciones de la Seguridad Social", en Revista Iberoamericana de la Seguridad Social, mar-abr. 1.960.
ALMANSA PASTOR, SM. " Derecho de la Seguridad Social". Madrid 1.973, págs. 426-7.

La clasificación profesional del trabajador le asigna automáticamente una base de cotización independiente de su salario, que puede ser superior e incluso inferior. La relación categoría-salario-base de cotización es -- sustituida por la de categoría-grupo de cotización-base tarifada. La tras - cedencia de esta medida es tal que en los años posteriores en la conside - ración de la clasificación profesional por parte de los interesados este - aspecto prima sobre cualquier otro. Normalmente los trabajadores percibían - retribuciones superiores a las mínimas exigibles y por ello el ascenso no - engendra un incremento de salario, pero sí de base de cotización y consi - guientemente de prestaciones. El sistema instituido en 1.963 y consagrado en la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1.966 encerraba innegables ven - tajas, señaladamente la supresión del endémico mal de la ocultación de ---- salarios y la simplificación administrativa. En los años sucesivos la timi - dez en la elevación de tarifas que no guardó proporción con el nivel general de salarios provocó la quiebra de las bases tarifadas (105). La Ley 24/1.972 de 21 de junio de financiación y perfeccionamiento del Régimen General de - la Seguridad Social equipara la base de cotización a las remuneraciones rea - les con mínimas excepciones taxativamente enumeradas en la propia Ley. La -- entrada en vigor del nuevo sistema se demora durante un periodo transitorio durante el cual la base queda dividida en dos partes. La primera igual al - importe de la base que corresponda a la categoría profesional del trabaja - dor en la tarifa vigente en cada momento; la segunda igual a la diferen - cia existente entre el importe de la parte primera y la cuantía total de -- las remuneraciones. (106) La fórmula adoptada mantiene, pues, la categoría -- profesional como elemento fundamental de fijación de las cuotas, tanto más - cuanto que la base tarifada es de objetiva constatación, mientras que la - base complementaria resulta de fácil ocultación. La definitiva implantación

(105) Desde 1.963 a 1.972 la base tarifada más baja para los trabajadores - mayores de dieciocho años (la 10) se incrementó en un 160 por 100 mien - tras que la más alta (la 1) sólo subió un 55 por 100; a su vez la primera - suponía el 310 por 100 sobre la decima en 1.963 y el 186 por 100 en 1.972. Un achatamiento de la escala de cotización por fuerza debía repercutir en - la disminución de recursos de la Seguridad Social.

(106) Disp. Tran. 1ª de la Ley 24/1.972

de la cotización sobre salarios reales debía entrar en vigor en 1 de abril de 1.975, pero sucesivos Decretos Leyes han ido prorrogando la entrada en vigor del nuevo sistema (107).

Aún cuando se llegue al abandono de las bases tarifadas en función de la clasificación profesional, y a la implantación sin limitaciones de un sistema de cotización sobre salarios reales con independencia de la categoría, ésta habrá de conservar en la fijación de las bases de cotización una influencia muy superior a la que el legislador le asigna y ello en razón al frecuente distanciamiento entre las remuneraciones percibidas por los trabajadores y las fijadas como legalmente exigibles. Es un fenómeno conocido el de la ocultación de salarios, si bien resulta imposible a la Administración mantener un control efectivo de los mismos especialmente por conveniencia de los propios trabajadores que prefieren sacrificar unas posibles prestaciones por unas mejoras económicas inmediatas. El ocultamiento no puede extenderse a las retribuciones fijadas por normas generales, legales o pactadas, para cada categoría profesional, la cual seguirá siendo por ello el punto de referencia indubitado para la fijación de las bases de cotización.

4.2 PRESTACIONES

La base de cotización es simultáneamente base reguladora de casi todas las prestaciones económicas, que se calculan en unos determinados porcentajes de aquella (108). Por este motivo las consideraciones en torno a la relevancia de la clasificación profesional sobre la cotización son extensibles al aspecto de las prestaciones. Pero además cabe destacar la repercusión específica que la categoría ejerce sobre determinadas prestaciones;

a) Invalidez

Los distintos grados de invalidez se delimitan en relación con la profesión habitual, la cual es definida como " la desempeñada normalmente por el trabajador " o como " aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental " (109). Profesión habitual y categoría profesional pueden

(107) El DL 2/75 de 7 de abril la aplazó hasta el 31-3-76; el DL 3/76 de 22 de abril, hasta el 31-3-77 y el DL 21/77 de 26 de marzo, hasta 31-3-78.

(108) Ley G. de la S.S., T.R 30-5-1.974, art. 89. Un estudio de la invalidez puede encontrarse en ALONSO OLEA " Instituciones de Seguridad Social", 5ª-ed. Madrid 1.974, págs. 210 s. y ALMANSA PASTOR, S.M. " Derecho de la Seguridad Social" cit. págs. 292 s. Una visión jurisprudencial muy completa en BLASCO SEGURA, B " Calificaciones jurisprudenciales en torno a la incapacidad permanente absoluta" Rev. Pol. Soc. nº 106, abr-jun 1.975, págs. 143 s.

(109) Ley General de la S.S.T.R. 30-5-74, art. 135.

ser que en ocasiones no coinciden exactamente. Normalmente sí coinciden y en todo caso se trata de dos conceptos entrecruzados y de profundas repercusiones mutuas. En el expediente previo debe constar la profesión habitual del trabajador, la categoría profesional, la denominación de la función y la descripción del trabajo concreto(110), pero lo cierto es que si no media especial interés de las partes, todos estos datos se resumirán en la categoría profesional y en ella se fijarán los miembros de la Comisión Técnica Calificadora que dictamine la invalidez. Por su propia definición la invalidez absoluta para todo trabajo excluye la consideración de los trabajos que viniera realizando el trabajador (111). Cuando la invalidez se deriva de accidente de trabajo también se tiene en cuenta la profesión habitual del trabajador " desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo " (L.G. de la S.S. art. 135,2), habiéndose derogado el artículo 39 del Reglamento de Accidentes de Trabajo que desvinculaba trabajo habitual y calificación cuando el accidente ocurriera en trabajo distinto del habitual. RODRIGUEZ SANTOS ha destacado el acierto de este nuevo criterio legislativo ya que el anterior daba lugar a que cuando un trabajador desempeñaba trabajos de categoría superior o inferior fuera calificado por trabajos que no eran de su especialidad. (112) De todas maneras la aplicación estricta de la Ley impone razonablemente la primacía de las funciones de facto, cuando sean habitualmente ejercidos, sobre la categoría asignada.

(110) Orden de 8-5-69, art. 19, norma segunda, regla tercera.

(111) STS, SOCIAL, 28-9-71 (R. 3634)

(112) "Comentarios prácticos a la Ley de Seguridad Social " T.II, 2ª ed. Valladolid 1.976, pág. 255.

b) DESEMPLEO

La precepción de las prestaciones económicas de desempleo se subordina al requisito de que el parado no rechace una oferta de empleo " adecuado " y se considera trabajo adecuado " el que corresponda a las aptitudes físicas y profesionales del desempleado " (113) Las aptitudes profesionales, a falta de una clasificación extemepresarial, que no se realiza nunca, según se explicó en su momento (114) forzosamente deben reconducirse a la categoría ostentada en anteriores empleos.

c) JUBILACION

La categoría profesional puede repercutir en la jubilación a través de la edad mínima para alcanzar esta prestación La Ley General de la Seguridad Social, art. 154, prevé la posible fijación por el Gobierno de edades de -- jubilación inferiores a la normal para aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica-peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad.-- El dato básico es el de la actividad, no el de la categoría, pero en todo-- caso deberá presumirse que la categoría se corresponde con los trabajos -- propios de la misma en tanto que no se demuestre lo contrario.

En el Régimen General de la Seguridad Social, único al que afecta la disposición citada, hasta la fecha el Gobierno no ha hecho uso de la citada facultad. En algunos regímenes especiales, en cambio, sí se tiene en cuenta la categoría profesional a efectos de jubilación.

En la Minería del Carbón la edad mínima se rebaja en un periodo equivalente al que resulta de aplicar el periodo de tiempo efectivamente trabajado en cada categoría un coeficiente reductor que va del cero coma cincuenta al cero coma cinco (115).

En el Régimen Especial de Trabajadores del Mar la Ley reguladora del mismo de 30 de diciembre de 1969, art. 37, contiene una prescripción análoga a la del artículo 154 del Régimen General, en virtud de la cual se promulgó el Decreto 2.309/70 de 23 de julio por el que se fijan coeficientes reductores de la edad mínima de jubilación de los Trabajadores del Mar. Para los trabajadores de la Marina Mercante y Pesca se tiene en cuenta la clase de navegación y el tipo de embarcaciones mientras que para los estibadores--portuarios se consideran exclusivamente las categorías profesionales (116)

En el Régimen Especial de Trabajadores Ferroviarios aprobado por --- Decreto 2.824/74 de 9 de agosto, art. 13, se establece asimismo un coeficiente de bonificación por los años trabajados en determinadas categorías(117).

(113). Ley G. de la S.S. T.R. 30-5-74, art. 176 y Orden 5-5-67, art. 14

(114) VIDE pág.

(115) Decreto 298/73 de 8 de febrero por el que se aprueba el Régimen Es-

d) ASISTENCIA SANITARIA

Sobre esta prestación la calificación profesional no ejerce actualmente ninguna repercusión. Pero no siempre ha sido así. La Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se crea el Seguro de Enfermedad incluye en su ámbito de aplicación a los " productores económicamente débiles " (art. 3º.) Por sucesivas disposiciones el concepto de económicamente débil se matizó en función de los salarios percibidos. Todavía el Decreto de 17 de enero de 1.963 que -- implantó la cotización sobre bases tarifadas por categorías profesionales -- excluyó del Seguro de Enfermedad a los trabajadores cuyas bases de cotización anuales excedieran de 66.000,- pesetas, lo cual equivalía a decir que se excluían los trabajadores del grupo primero de la tarifa, ya que únicamente -- ellos podían superar el indicado tope. El segundo Decreto que fija bases de cotización, de fecha 10 de septiembre de 1.966, con mayor claridad acude --- directamente a los grupos de cotización y excluye a los trabajadores cuyas -- categorías hayan sido asimiladas al grupo primero de la tarifa. Ya con anterioridad el texto articulado de la Ley de la Seguridad Social de 21 de -- abril de 1.966, aún cuando por aquél entonces todavía no estaba vigente, -- establecía que las prestaciones de asistencia sanitaria alcanzarían a los -- trabajadores por cuenta ajena cuya base tarifada de cotización, de acuerdo con

pecial de la Minería del Carbón, art. 9. La escala es la siguiente: a) cero coma cincuenta, para Picador, Barrenista y sus ayudantes; b) cero coma cuarenta para Porteador, Minero de primera y Artillero; c) cero coma treinta para Técnicos, Vigilante de explotación, Ayudante Artillero, Entibador y su Ayudante, Caballista, Maquinista de tracción, Vagonero y Rampero; d) cero coma veinte para los restantes categorías de interior; e) cero coma quince, para trabajadores de interior trasladados al exterior en cumplimiento de un precepto legal; f) cero coma cero cinco, para los restantes trabajadores del -- exterior.

(116) Se asigna el coeficiente cero coma treinta para los trabajos correspondientes a las categorías profesionales de Capataces generales, Capataces de operaciones, Jefes de grupo, Amanteros, Maquinilleros, Gruistas, Conductores Estibadores, Gabarreros, Osteros, Escaladores, Clasificadores, Arrumbadores y -- Arrastradores de cajas de pescado.

(117) Exactamente el veinte por ciento para las categorías de Jefe de maquinistas, Maquinistas de locomotora de vapor, Fogonero y Oficial calderero de depósito; y el diez por ciento para las de Capataz de maniobras, Enganchador, Mozo de tren, Maquinista de locomotora eléctrica o automotor, Oficial Calderero, Oficial forjador, Ayudante forjador, Oficial montador, Ayudante montador, Encendedor, Lavador, Tapero y Tirafuegos.

su categoría profesional, no excediera del límite que reglamentariamente se estableciese. De esta suerte la clasificación profesional como Ingeniero, Licenciado o asimilado ha venido constituyendo un impedimento para acceder a las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, - hasta que la Ley 24/72 de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, - suprimió cualquier limitación por razón de categoría profesional o salario percibido (118)

(118) La citada Ley actualmente ha sido refundida en el vigente texto de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Decreto de 30-5-74, La supresión de limitación se recoge en la redacción del art. 100 de la misma.

5. SOBRE LA SINDICACION DE LOS TRABAJADORES.

La distinción entre Sindicatos de oficio y de industria es clásica en el tratamiento del sindicalismo. Los primeros agrupan a los trabajadores de un mismo oficio y los segundos, a los que prestan servicios en una determinada actividad económica independientemente de su profesión (). En el sindicato de oficio la clasificación profesional de los trabajadores se convierte en requisito esencial de pertenencia al mismo. Históricamente se observa una evolución del sindicato profesional al de rama de producción primero y posteriormente "a los grandes sindicatos generales que afilian saltando las líneas de cada profesión o industria" (). Apuntemos que la oposición entre sindicatos de oficio y de industria constatada en la historia de los movimientos sindicales envolvía una clara pugna entre trabajadores cualificados y sin cualificar. Estos últimos eran admitidos en los sindicatos de rama, pero no en los profesionales cuyo objetivo no se agotaba en la defensa de sus intereses frente a los empleadores sino que perseguía el mantenimiento de una situación de privilegio frente a los trabajadores no cualificados ().

Consecuentemente en la primera etapa del movimiento asociativo sindical la clasificación profesional repercute no solamente en la afiliación a uno u otro sindicato, sino también en el hecho más simple de pertenecer a un sindicato o no poder pertenecer a ninguno. La exclusión de los trabajadores no cualificados fue superada

() BORRAJO DACRUZ, E. "Introducción al Derecho Español del Trabajo", 4ª ed. Madrid, 1.975, pág. 196.

() ALONSO OLEA, M. "Introducción al Derecho del Trabajo", 2ª ed. Madrid, 1.968, pág. 198.

() CAMERLYNCK Y LYON-CAEN "Derecho del Trabajo", Madrid, 1.974, pág. 337. BORRAJO DACRUZ, E. "Introducción..." cit. pág. 197.

hace tiempo. No ocurrió lo mismo tan pronto con los trabajadores no encuadrados en el grupo obrero, es decir, los empleados, técnicos y directivos. En el pasado siglo las organizaciones sindicales limitaban su campo de actuación casi exclusivamente a los obreros. No se preveía el desarrollo de los empleados que están llamados a sobrepasar numericamente a aquellos. GIUGNI ha resaltado como para el sindicalismo la difusión entre los empleados es problema de supervivencia (). El citado autor resume la situación al respecto en los diversos países. Muchos tienen todavía sindicatos separados de obreros y empleados (Suecia, Finlandia, Suiza, Argentina y Chile); otros mantienen la separación, pero unos y otros se encuentran afiliados a la confederación general de trabajadores (Israel, Austria, Grecia, Países Bajos y Francia); en otros países coexisten - sindicatos de empleados independientes y afiliados a centrales obreras (USA, Gran Bretaña y Alemania).

La Organización Sindical española posterior al Fuero del Trabajo incluye en su ámbito de afiliación obligatoria a todos los - trabajadores con independencia de su ocupación profesional y de su nivel de cualificación (). La clasificación de los diversos sindicatos toma como dato de referencia no la actividad de los trabajadores, sino la del " servicio o rama de la producción" ().

La diferenciación entre grupos profesionales y categorías tampoco ha repercutido en la afiliación sindical. Un tardío intento de diferenciar las especialidades profesionales se observa en la Ley

() "Panorama comparativo... " cit. pág. 881.

() Ley de 6-12-40, art. 1º

() Ley de 6-12-40, art. 9. La clasificación de los sindicatos se efectuó por Ley 23-6-41.

Sindical de 17-2-71, la cual prevé la constitución, dentro de los sindicatos, de asociaciones profesionales determinadas "por la actividad económica o especialidad profesional" (art. 13). Estas asociaciones no han llegado a tener efectividad.

La Ley de 1-4-77 sobre regulación del derecho de asociación sindical reconoce como posible ámbito de encuadramiento de las asociaciones sindicales tanto la actividad económica como "la profesión u otro concepto análogo" (art. 10. 2).

En cuanto a la relevancia del grado de cualificación para la afiliación al sindicato era nula, dado el sistema automático de incorporación de todos los trabajadores. La Ley sindical de 17-2-71 consagró la dicotomía entre técnicos y trabajadores sin especificar los criterios de diferenciación entre ambos grupos. A partir de entonces la diferenciación nominal entre unos y otros se repite constantemente en la profusa normativa surgida de dicha Ley, pero sin llegar a adquirir un sentido real. Esta precisión terminológica desaparece en la Ley de 1-4-77 en la que expresamente se especifica que "la referencia a los trabajadores comprende también conjunta o separadamente a los técnicos" (art. 12. 1).

Donde la clasificación profesional tiene verdadera relevancia es en la acción sindical en la empresa. Ya el Decreto de 18 de agosto de 1.947, por el que se crean los Jurados de Empresa, en su art. 4º alude a los grupos profesionales de personal técnico, administrativo y de mano de obra. Y el Reglamento de Jurados de Empresa de 11 de septiembre de 1.953, art. 11, con sucesivas modificaciones posteriores, distribuye las vocalías por categorías profesionales.

1. INTRODUCCION:

1.1. NOCION DE CONFLICTOS DE CLASIFICACION PROFESIONAL

Conflictos sobre clasificación profesional son aquellos que versan sobre cualquier aspecto relacionado con la clasificación profesional de los trabajadores. Esta definición, aunque tautológica, resulta conveniente en el inicio de este capítulo porque determinados conflictos sobre clasificación profesional han sido sustraídos de la competencia de los órganos de la jurisdicción laboral (Magistraturas, Tribunal Central y Sala VI del Tribunal Supremo) y encomendadas a la Administración Laboral (Delegaciones y Dirección General de Trabajo) y la doctrina y la jurisprudencia cuando utilizan las expresiones, conflictos de clasificación o procedimientos para resolver las reclamaciones de clasificación profesional suelen referirse exclusivamente a aquellos conflictos cuyo conocimiento corresponde a la Administración Laboral. Ello no puede oscurecer el hecho de que caben diversos litigios sobre clasificación profesional al margen del procedimiento citado. Lo que ocurre es que, por estar incluidos dentro del ámbito de competencia genérica de los órganos de la Jurisdicción Laboral y por seguirse en su tratamiento el procedimiento normal sin particularidad alguna, no plantean cuestiones de específica consideración. Por tanto los conflictos de clasificación profesional pueden dividirse en dos apartados, según que su solución deba buscarse a través del procedimiento laboral común o del procedimiento especial regulado en la Orden de 29 de diciembre de 1.945, sin que la consideración prioritaria de estos no haga olvidar que existen aquellos. La distinción entre ambos tipos de conflictos debe realizarse a base de estudiar el ámbito del procedimiento especial, ya que, teniendo en cuenta que la Jurisdicción de Trabajo es la única competente para conocer los conflictos que se promuevan en la rama social del derecho y en las reclamaciones por

incumplimiento de leyes que no tengan señalado otro procedimiento especial, siempre que exista éste, resulta imprescindible precisar rigurosamente la materia contenciosa que se le atribuye, con lo cual indirectamente se delimita la competencia de los órganos comunes. (1).

La consideración del presente capítulo, prescindiendo de los conflictos sometidos al procedimiento común, abarca la delimitación de la materia contenciosa objeto de especial procedimiento, la determinación de los órganos que intervienen en el mismo y los aspectos peculiares procedimentales.

1.2. REGULACION:

Las reclamaciones de clasificación profesional fueron reguladas por primera vez en el derecho español con carácter individualizado por la Orden de 3 de octubre de 1.942, la cual fué pronto sustituida por la de 29 de diciembre de 1.945 todavía vigente. Entre estas dos fechas se promulgó el Reglamento de Delegaciones de Trabajo, aprobado por Decreto de 21 de diciembre de 1.943, en cuyo artículo 79 incluye como procedimiento especial el de reclamación contra la calificación profesional asignada a los trabajadores. Su contenido se limita a reproducir el de la Orden de 3 de octubre de 1.942 citada.

El nuevo Reglamento de Delegaciones, aprobado por Decreto - 799/71 de 3 de abril, en el art. 17,10, se limita a ratificar la competencia de los Delegados de Trabajo para resolver los expedientes de clasificación profesional, prescindiendo de los aspectos procedimentales.

(1) Ley de Procedimiento Laboral, art. 12

En algunas Reglamentaciones aparecen reglas específicas de procedimiento en relación con las reclamaciones de clasificación profesional. (2). Estas reglas no sustituyen la aplicación de la Orden de 29-12-45. A este respecto es particularmente expresiva la STS, CA, 31-10-64 (R. 5214). "El particular prevenido para cada Reglamentación de trabajo puede, en efecto, aclarar o complementar el de carácter general establecido con idéntica y preminente finalidad de tales clasificaciones profesionales, pero no puede, en forma alguna, alterar o variar aquel y menos de una manera restringida o anulatoria". "Sin perjuicio de los procedimientos de clasificación profesional o de ascenso previstos de modo especial en cada una de las Reglamentaciones de Trabajo establecidos, existe también en vigor el procedimiento general mandado observar para la clasificación de todos los productores sin distinción".

Pudiera cuestionarse la legalidad de la Orden de Clasificación Profesional, así como de las restantes normas análogas contenidas en las Reglamentaciones. Sin embargo, cualquier duda al respecto debe abandonarse ante el cúmulo innumerable de Sentencias del Tribunal Supremo que la admiten. (3).

(2) Se señalan normas especiales de clasificación sobre todo en las disposiciones transitorias de las Reglamentaciones cuya entrada en vigor supone modificaciones sobre la situación anterior.

(3). ALONSO OLEA M, "Derecho del Trabajo" ed. Madrid 1976 pág. insinúa que la Orden de 29-12-45 que atribuye la competencia en los conflictos de clasificación profesional es "de rango menor" y RODRIGUEZ PIÑERO en "Cuestiones laborales" previas en el proceso administrativo", Rev. Pol. Soc. abr-jun 1969, nº 82 pag. 142 habla de "escasa base legal". Uno y otro, no obstante, insisten en que dicha competencia está indiscutiblemente afirmada por el Tribunal Supremo.

En los numerosísimos casos de revisión de actuaciones administrativas en materia de clasificación profesional en que ha intervenido el Tribunal Supremo invariablemente ha corroborado la competencia de las Delegaciones de Trabajo, confirmando la legalidad de la Orden de clasificación. A pesar de la progresiva poda de competencias que la Administración ha venido sufriendo últimamente en los considerandos y en los fallos de nuestro más alto Tribunal (4), se mantiene firme el criterio de la validez de la Orden de 29 de diciembre de 1.945. (5). Incluso cuando de manera expresa ha sido alegada su nulidad, como ocurre en la Sentencia cia de 15-2-68 (R. 9908)

Entre cientos de sentencias de las Salas de los Contencioso Administrativo y de lo Social, sólo hemos encontrado una que deniega la competencia de la Autoridad Laboral, la de 14-12-70 (R. 5428). Dice así: "El importante problema hace tiempo flotante de la posible incompetencia jurisdiccional de esta Sala sobre la materia dicha, de la clasificación profesional en este caso debatido, pues si bien no cabe desconocer las facultades para ello conferidas a las Delegaciones Provinciales de Trabajo por su Reglamento de 21 de diciembre de 1.943, con su precedente inmediato - el Decreto de 11 de noviembre del mismo año, la Orden también dada al efecto de 29 de diciembre de 1.945 y hasta el propio Reglamento del Ministerio de Trabajo de 4 de agosto de 1.952; es lo -

(4) Hemos tocado este tema en "Jurisprudencia sobre competencia de la Administración Laboral" en Rev. Pol.Soc. nº90, abr.-jun. 71 pag. 119 s.

(5) No vale la pena elaborar una lista de Sentencias en apoyo de nuestra afirmación. Cualquiera de las que se citan a lo largo de nuestro estudio es válida. Por concretar alguna que resuma la doctrina jurisprudencial en esta materia pueden citarse las de 25-2-72 (R. 1123) y 31-1-75 (R. 472).

cierto, que a pesar de todo ello, y jerárquicamente por encima de todas cuantas disposiciones quedan citadas -ninguna de las cuales tiene el carácter de ley votada en Cortes- está la Ley Orgánica de Magistratura de Trabajo de 17 de octubre de 1.940 y sus Reglamentos de Procedimiento Laboral de 4 junio 1.959, - que por modo atraente y exclusivo reclaman, como no podía por menos de ser, el reconocimiento de toda cuestión entre partes, surgida o derivada de la relación laboral entre ellos existente". Esta Sentencia, cuyo fallo declara la nulidad de la resolución recurrida por incompetencia del órgano que la dictó, por su redacción terminante y sin ambigüedades, pudo significar un cambio en la doctrina jurisprudencial, sin embargo no fue así. Con posterioridad se ha reiterado abundantemente la doctrina tradicional, lo cual priva a la Sentencia de 14-12-70 de valor a efectos jurisprudenciales.

La propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el Tribunal Central de Trabajo y las Magistraturas han respetado escrupulosamente la vigencia de la Orden de 29-12-45. De la Sala de lo Social pueden citarse, por vía de ejemplo, las de 10-11-56 (R.3506) y 27-5-69 (R. 2847).

La abrumadora reiteración jurisprudencial de la legalidad de la Orden de clasificación no impide que en ocasiones se destaque la anomalía que entraña (6).

(6) STS, CA, 22-2-74 (R. 850) "pues por anómalo que ello sea en el terreno doctrinal".

2.1. DELIMITACION MATERIAL

2.1.1. EL SUPUESTO NORMAL

La Orden de 29 de diciembre de 1.945 repetidamente utiliza la expresión clasificación profesional (7). En ocasiones la exégesis de la disposición ha otorgado a este concepto unas dimensiones excesivamente amplias, cuando lo cierto es que el propio texto legal contiene elementos suficientes para circunscribir su -- significado exacto a la concordancia entre la función desarrollada y la categoría asignada. Si en cualquier supuesto una correcta interpretación de las normas veda el entenderlas en contra de sus términos claros e indubitados, tanto más rigurosamente ha de seguirse este cirterio cuando se trata de disposiciones que restringen el ámbito de actuación de la jurisdicción ordinaria.

No puede considerarse válida, por tanto, ninguna argumentación a favor de que la citada Orden ampare conflictos que no vereen sobre la adecuación entre categoría y función, aún cuando tengan por objeto o estén relacionados con la clasificación profesional y menos si se denominan de clasificación profesional sólamente por una utilización incorrecta de los términos. Quiere esto -- decir, ante todo, que las materias excluidas del concepto de clasificación profesional en el inicio de nuestra investigación obviamente son ajenas al procedimiento especial (8), pero hay más. Su

(7) "Podrá reclamar su adecuada clasificación profesional", "podrá reclamar asimismo ante la Delegación de Trabajo la clasificación profesional" (art. 1º); "los funcionarios técnicos de la -- Inspección de Trabajo comprueben que la clasificación profesional", "corregir los errores de clasificación profesional" (art. 2º); "la clasificación acordada", "solicitó por escrito su adecuada clasificación", "indebida clasificación" (art. 7º).

(8) Concretamente nos estamos refiriendo a la clasificación de trabajadores por razón de la permanencia y a la determinación de la Reglamentación aplicable. Ver pag. 2

ámbito es todavía más estrecho que el del concepto de clasificación profesional. Tampoco todos los litigios relacionados con la clasificación profesional deben tramitarse de acuerdo con la Orden de 29 de diciembre de 1.945. El artículo 1º de la misma precisa el supuesto fáctico que constituye su ámbito de aplicación, "la categoría que tiene asignada no corresponde con la función que efectivamente realiza", "realice funciones de categoría superior a la que tenga asignada". Queda claro, pues, que materias tales como el cómputo de la antigüedad a efectos de ascenso, impugnación de pruebas de promoción, tareas que se pueden encomendar al trabajador que ostenta una determinada categoría y su obligación de acatarlas, rendimiento exigible de acuerdo con la clasificación y otras que pudieran citarse constituyen problemas de clasificación profesional, y como tales han sido abordados en diversas partes de nuestro estudio, y sin embargo son ajenos al procedimiento especial. (9). Esta afirmación no desconoce el hecho de que algunas Ordenanzas atribuyen al conocimiento de la Autoridad Laboral determinadas cuestiones relativas a ascensos en general, resolución de concursos, reclamaciones contra los escalafones publicados por la empresa y otras que casi siempre entrañan auténticos conflictos de clasificación profesional pero distintos del supuesto previsto en la Orden de 29 de diciembre de 1.945, es decir la discordancia entre función y categoría.

(9) Cuando la discordancia se refiere a la inclusión en un grupo u otro de la Reglamentación en base a las tareas realizadas, (por ejemplo peón de explotación o de almacén) en definitiva se discute la correspondencia entre función y categoría y ~~que~~ entraña un problema de clasificación profesional. STS, 10-11-67 (R.4625).

Por tanto el ámbito de competencia de la Administración y las peculiaridades que pueda ofrecer su actuación serán las que señalen las normas de específica aplicación y no las del procedimiento especial de clasificación profesional. Incluso cuando se solicita una superior categoría, pero fundamentando la reclamación no en la realización de las funciones inherentes a la misma, sino en otros motivos tales como el acuerdo de las partes del contrato de trabajo en orden a la atribución de una superior categoría, la necesidad de cubrir una plaza de la plantilla que ha quedado vacante, el reconocimiento de una categoría que de acuerdo con una legislación anteriormente vigente se considera asimilada u otras análogas, en todos estos supuestos nos encontramos fuera del ámbito de cobertura de la Orden de 29 de diciembre de 1.945.

Así lo ha entendido con excelente criterio nuestro más alto Tribunal en repetidas ocasiones en que ha otorgado competencia para conocer de este tipo de cuestiones a la Magistratura de Trabajo. Podemos citar las Sentencias de la Sala IV de 7-3-75 (R. 1676) en reclamación de categoría relacionada con un problema de traspaso de personal de una a otra empresa; de 26-3-75 (R. 2384) sobre amparo a categorías reconocidas con arreglo a Reglamentación anteriormente vigentes. La Sentencia de 9-2-74 (R. 782) se refiere al supuesto de una trabajadora que habiendo sido reconocida en contrato escrito como oficial con posterioridad fue de hecho clasificada como peón, alegándose por la empresa que existió error material. El TS reserva el litigio a la Magistratura de Trabajo por cuanto "su decisión implicaba simplemente la interpretación de un contrato de trabajo, por lo que la competencia para resolverlo la asume con exclusividad la Jurisdicción laboral".

El mismo criterio sigue el TCT en sentencia de 21-3-74 (R. R. 1409) sobre trabajador ascendido y nuevamente rebajado de categoría por no superar periodo de prueba y en Sentencia de 2-11-73 (R. 4281) sobre la forma de proceder un Tribunal en la determinación de los temas que habian de ser objeto de examen para las pruebas de ascenso.

Sin embargo también pueden citarse Sentencias que corroboran o al menos no cuestionaron la competencia administrativa en reclamaciones sobre ascensos. Al margen del tema de la competencia, lo que aquí interesa subrayar es que en ningún caso se entiende, y no podía ser de otra manera, que se trate de litigios incluidos en el ámbito de la Orden de 29 de diciembre de 1.945 (10).

Siguiendo la misma orientación la DGT en R. 30-1-75 (BOMT, febrero 1.975, Ref. 2-87) se declara incompetente para conocer de la reclamación de un trabajo para recuperar su originaria categoría, modificada en expediente de regulación de empleo, tras haberse superado la crisis. Las de 12-9-73, 18-10-73, 24-6-74, 5-8-74, 16-12-74, (11), se refieren a supuestos diversos obreros de cambio de -- puesto de trabajo con encargo de tareas diferentes.

(10) Pueden examinarse las Sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa d 17-10-63, (R. 4389), 27-6-68(R. 3772), 3-4-70 (R. 2009), 21-1-71 (R. 212). Extrañamente la STS, Ca, 23-3-67 (R. 1829) establece que "las cuestiones de ascensos de los productores, la regulación de aquellos y la aplicación de lo regulado, son temas o -- cuestiones de clasificación profesional; y así lo señala el art. 1º párrafo 2º de la O.M. de 29 deddiciembre de 1.945". La STS, CA, 28-3-74 (R. 1537) considera materia de clasificación profesional la negativa de conductores-perceptores que se niegan a desempeñar la doble función, y la STS, CA, 17-10-63 (R. 4389) declara que la Delegación de

(11) Citadas todas ellas por AYERBA en "Industrias Siderometalúrgicas, 5ª ed. Madrid 1.975, pág. 53.

2.1.2. SUPUESTOS ESPECIALES.

Al lado de las materias en las que la aplicabilidad o inaplicabilidad de la Orden de 29 de diciembre de 1.945 resulta fácil de determinar por simple cotejo entre el supuesto real y el previsto en la norma, existen otras que reclaman un examen más detenido. Son las siguientes:

A) DERECHO A LA RETRIBUCION CORRESPONDIENTE A UNA CATEGORIA SUPERIOR CUANDO SE HAN REALIZADO TRABAJOS PROPIOS DE LA MISMA Y NO SE TIENE DERECHO AL ASCENSO.

El artículo 1º de la Orden citada determina que la ausencia de los requisitos necesarios para el ascenso impide el reconocimiento de la categoría superior aún cuando se realicen trabajos propios de la misma y que "únicamente tendrá derecho el trabajador reclamante a la diferencia entre el sueldo de la categoría que le fue asignada por la empresa y el de la función que efectivamente realice". En relación con este precepto puede plantearse el problema de la competencia, es decir si el Delegado de Trabajo debe limitarse a declarar se incompetente para declarar el derecho al percibo de diferencias económicas o si por el contrario su competencia abarca dicha declaración. En busca de un mayor rigor analítico vamos a considerar separadamente que se trate de un trabajador que plantea una reclamación de categoría o que directamente reclama la diferencia económica.

- En el primer supuesto la solución parece más fácil. La declaración del derecho del trabajador a la diferencia es lógico y acomodado al principio de economía procesal que corresponda al órgano que

ha conocido del expediente. Una interpretación en el sentido de que corresponde a órgano distinto supondría que el Delegado de Trabajo después de haber iniciado el conocimiento del asunto, fundando su competencia en que se trata de un supuesto de discordancia entre categoría y función, y después de comprobar la realidad de las tareas alegadas y su consideración como propias de la categoría superior, al examinar las normas sobre ascensos se viera obligado a de ci dir su incompetencia.

La solución de la competencia de la Autoridad laboral entendemos que es la correcta de acuerdo con el contenido de los artículos primero y tercero de la Orden. El artículo 1º incluye las reglas de competencia y las de derecho material (realización de funciones y respeto a las normas sobre ascensos). Son, no obstante, cuestiones distintas. La no concurrencia de los requisitos precisos para el ascenso impide alcanzar la categoría más elevada, pero no modifica la competencia para conocer del fondo del asunto. El artículo 3º determina la competencia de la Delegación de Trabajo "para conocer de estas cuestiones". Y estas cuestiones son enumeradas en los dos artículos precedentes, es decir la discordancia entre categoría y función con independencia de que corresponda o no el ascenso.

En la práctica son muchas las Resoluciones de la Administración Laboral que, sin conceder la categoría más elevada correspondiente a los trabajos realizados por el reclamante, declaran directamente el derecho a la percepción de diferencias económicas. El Tribunal Supremo no pone reparos a esta práctica e incluso en algún caso en que la Administración no había reconocido el derecho, el propio Tri

bunal lo reconoce expresamente (12). Sin dejar ningún resquicio a posibles dudas sientan esta doctrina las Sentencias de 7-5-76 (R. 2551) y 10-6-76 (R. 3554) (13).

- Admitida la competencia del Delegado de Trabajo para declarar el derecho a diferencias económicas, el siguiente escalón lógico debe ser el reconocer que el trabajador que realiza funciones de categoría superior consciente de no tener derecho al ascenso, puede deducir la oportuna reclamación salarial ante la propia Autoridad laboral. Avalan esta interpretación las siguientes razones:

1ª) Las motivaciones de tipo práctico que han movido al legislador a crear un procedimiento especial tienen la misma fuerza en ambos casos.

2ª) Cuando los sistemas de ascenso sean los de pruebas de capacitación o aportación de méritos nunca cabría promover expediente ante el Delegado de Trabajo, ya que nunca se tiene derecho al ascenso por la simple realización de trabajos de categoría superior. Dado que los sistemas citados son los de más extendida utilización, la mayoría de los expedientes de clasificación profesional se situarían fuera de la órbita de la Administración.

(12) Sentencias de la S.IV de 15-2-67 (R. 1039), 3-10-69 (R. 4253), 1-7-69 (R. 4568), 23-3-74 (R. 1443), 22-6-74 (R. 3337), 2-7-75 (R. 3809).

(13) Correspondiente a la indicada Autoridad (laboral) declarar, de modo genérico, el derecho que tienen los trabajadores afectados al percibo de las diferencias salariales. "Si el trabajador realiza funciones de categoría superior a la que tiene asignada, pero no se observan las normas sobre ascensos... no podrá consolidar dicha categoría ni la Administración laboral podrá otorgársela, más en -- cambio, sí tendrá facultades el Organo administrativo para limitar su actividad a declarar genéricamente el derecho del trabajador reclamante al percibo de las mencionadas diferencias salariales".

3ª) Si la competencia se hiciera depender del simple dato formal de que el petitum del trabajador se concrete en una solicitud de ascenso o de diferencias económicas, la redacción del correspondiente documento en uno u otro sentido decidiría el procedimiento a seguir y la competencia del órgano, solución que no se aviene con el carácter de orden público atribuido a esta materia.

4ª) El conocimiento y determinación por parte de la Magistratura de si unas funciones son o no de superior categoría, de promoverse posteriormente expediente de clasificación profesional, plantearía el grave problema de que la Administración se viera constreñida a aceptar pronunciamientos de indudable trascendencia en la clasificación profesional, que han sido emitidos por un órgano no competente, o a que pudieran pronunciarse en sentido contradictorio la Delegación y la Magistratura. Particularmente expresiva al respecto es la Sentencia de la Sala VI del Tribunal Supremo de 5-11-68 (R. 5140) "Aún cuando en la demanda no se menciona nada por el actor referente a clasificación profesional y se reclama simplemente una determinada cantidad por diferencia de salarios entre los que realmente tienen percibidos y los que según él le corresponde cobrar; es lo cierto que, como estima el Magistrado de Trabajo, se trata de conseguir una auténtica clasificación profesional; sólo que en lugar de plantearla de una forma directa y normal pidiendo la clasificación laboral primero y en su consecuencia la fijación del correspondiente salario, lo hace al contrario, solicitando una declaración libre el sueldo que estima le pertenece, para ponerlo en relación con el puesto de trabajo a que aquel corresponde y obtener la clasificación profesional a que aspira". Pueden citarse otras muchas Sentencias del Tribunal Supremo que proclaman la incompeten-

cia de la Magistratura para abordar las reclamaciones salariales fundadas en la realización de trabajos de categoría pretendidamente superior, aún cuando no se reclame el ascenso (14). Incluso si no consta ninguna categoría por haberse omitido el acto mismo de clasificación profesional, ya que la reclamación salarial "implica una previa determinación de su categoría profesional" (STS S.VI de 4-5-53 R.1224). Sin embargo, la doctrina no es firme, ya que pueden examinarse otras Sentencias que sustentan el criterio contrario (15). Este mismo criterio favorable a su competencia es acogido por el Tribunal Central de Trabajo.

El supuesto específico de reclamaciones basadas en la realización de trabajos de categoría superior durante un periodo suficiente para consolidar el salario de esta categoría ha sido abordado frecuentemente por las Autoridades Laborales sin que se cuestiona su competencia (16).

1). LA ASIMILACION DE CATEGORIAS A EFECTOS ECONOMICOS.

En algunas Ordenanzas laborales a los trabajadores que ostentan determinadas categorías cuando alcanzan cierta antigüedad o realizan alguna función específica se les asimila a efectos puramente

(14) Ver las Sentencias de 30-5-52 (R. 1163), 13-11-54 (R. 2559), 10-11-54 (R. 2549), 20-11-68 (R. 4735), 9-5-73 (R. 2256).

(15) Así las de 4-5-53 (R. 1201), 12-6-53 (R. 1599), 29-10-56 (R. 3481) 3-2-71 (R. 329).

El mismo criterio mantienen las Sentencias del Tribunal Central de 10-2-64 (J.S. 1964-Ref. 682), 12-2-64 (J.S. 1964-Ref. 681), 24-4-65 (J.S. 1965-Ref. 254), 22-5-65 (J.S. 1965-Ref. 1918).

(16) Pueden citarse las Res. de la D.G. de Trabajo de 5-7-66 (BOMT, jul. 66, Ref. 7-190) 20-4-66 (BOMT, oct. 66, Ref. 10-146), 26-4-68 (BOMT, mayo 68, Ref. 5-88). La R. 2-3-71 (citada por AYERRA, en "Ind Sidero" pág. 282) curiosamente entiende que la competencia es de la Administración cuando los servicios han sido prestados durante el periodo necesario para consolidar el salario superior, mientras que es de la Magistratura si el periodo ha sido inferior. Extrañamente se da por supuestamente incontestado un dato cuya determinación debe hacerse precisamente a través del procedimiento que se discute.

económicos a los de otra categoría superior. Se produce una ruptura de la equivalencia categoría-retribución, ya que ésta es la correspondiente a una categoría mientras que el resto de las condiciones laborales corresponden a otra distinta. Las controversias suscitadas en torno a si un trabajador reúne los requisitos para ser asimilado a la categoría superior ¿son o no de clasificación profesional? La respuesta no puede ser uniforme. Se ha de tener en cuenta el dato que sirve de base a la asimilación y el mismo ha de servir también para fijar la naturaleza de la controversia. Considerémoslos, pues, separadamente:

- En unos casos la equiparación nace de la realización de determinadas funciones. Así en la Ordenanza Siderometalúrgica se consideran a efectos económicos como oficiales administrativos de segunda el listero que realiza trabajos de liquidación de primas o destajos y el almacenero que calcula el precio de los materiales. Aparece con claridad que en las controversias que tengan por objeto la determinación de si efectivamente un trabajador realiza las funciones citadas no se discute la categoría, que en todo caso permanecerá inalterada, pero sí la retribución de una superior categoría. Se trata de una auténtica reclamación de diferencias salariales por el desempeño de funciones superiores. Consecuentemente con el criterio que hemos sustentado de que este tipo de conflictos se hallan dentro del ámbito de competencia de la Administración laboral, debemos concluir que el supuesto que ahora contemplamos está incluido asimismo en dicho ámbito.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo acepta la competencia administrativa en este tipo de conflictos en las Sentencias de la

Sala IV de 11-5-66 (R. 2764), 28-10-67 (R. 4234), 5-12-69 (R. 5652) (17).

- Otras veces la asimilación se produce con independencia de la función realizada en virtud del mero transcurso del tiempo (18).

Las controversias que puedan surgir, aún cuando puedan ofrecer alguna apariencia de clasificación profesional, lo cierto es que dimanen de cuestiones ostensiblemente apartadas del marco fijado a la Administración por la Orden de clasificación profesional. Se trata en relación de problemas relacionados con la antigüedad, materia indiscutiblemente atribuida al conocimiento de los órganos judiciales laborales.

C) CLASIFICACION DE APRENDICES.

El aprendiz no es un trabajador de una categoría distinta sin más, sino que es un trabajador cuyo contrato reviste naturaleza distinta de la del contrato de trabajo. Sin embargo las Reglamentaciones suelen incluir a los aprendices junto con las restantes categorías profesionales y por otra parte el aprendizaje está configurado como un escalón dentro de la carrera profesional del trabajador, sujeto por tanto a las vicisitudes inherentes a la movilidad vertical. Por este motivo controversias relativas a si un determinado trabajador debe ser encuadrado como aprendiz o en otra categoría presentan la misma apariencia que la generalidad de los

(17) Todas ellas referidas al supuesto del almacenero que hemos tomado como ejemplo. La alusión a la Reglamentación de 27-7-46 es in diferente, ya que en este punto su redacción coincide con la actual mente vigente.

(18) Los ejemplos aportados por las Reglamentaciones pueden multiplicarse. En SIDEROMETALURGIA, al cumplir cinco años, se equiparan a oficial administrativo de segunda, los listeros y auxiliares administrativos; a analistas, los auxiliares de laboratorio; a técnicos de organización de segunda, los auxiliares de organización; a deli neantes de segunda, los colocadores y reproductores fotográficos (Consultese el anexo 2º).

conflictos de clasificación profesional. En algún caso aislado la doctrina española, concretamente RODRIGUEZ PIÑERO, ha dejado caer la duda de si la decisión entre aprendizaje y contrato de trabajo constituye un auténtico problema de clasificación profesional o un problema de clasificación de relación (19). Lo cierto es que la Jurisprudencia ha tratado estos conflictos como de clasificación profesional (20).

Nosotros entendemos que la respuesta al interrogante de si - los conflictos relativos a dilucidar si un contrato es de trabajo o de aprendizaje no puede ser simplista porque la duda puede tener orígenes muy diversos. Los efectos que la contratación escrita, las normas sobre duración máxima del aprendizaje o sobre edad tope para ser considerado aprendiz o cualquier otra cuestión similar puedan tener sobre la validez del contrato de aprendizaje son cuestiones que escapan al procedimiento especial de clasificación profesional, el cual sólo contempla la discordancia entre funciones realizadas y categoría ostentada (21). La discordancia entre categoría y función en el contrato de aprendizaje por fuerza debe estar referida al dato de la enseñanza. El contrato de aprendizaje nace de un acuer

(19) "Cuestiones laborales previas en el proceso administrativo", en Rev. de Pol. Soc. nº 82. Abr-Jun. 1.969, pág. 145.

(20) STS, Ca, 5-2-68 (R. 1611) La Inspección de Trabajo levantó Acta de liquidación por diferencias correspondientes a una trabajadora que figuraba como aprendiz y entendía que no lo era. El Tribunal Supremo anuló el Acta aplicando la doctrina de que existe un procedimiento específico para la clasificación profesional.

(21) La celebración de un contrato de aprendizaje con infracción de las normas sobre edad máxima del aprendiz se contempla en la STCT - de 26-3-74 (R. 1582) que sanciona la competencia de la Jurisdicción laboral para conocer del asunto y declara la nulidad del celebrado con trabajadora de 22 años. La DGOT. en R. 23-6-67 (BOLET, jun. 67. Ref. 6-122), de discutible legalidad, entra a conocer de la adquisición automática de la categoría de oficial por el transcurso del periodo de aprendizaje, sin haberse celebrado exámenes de capacitación.

do de voluntades en virtud del cual una persona recibe enseñanza en un oficio y se compromete a prestar unos servicios compatibles con dicha enseñanza. Si falta la enseñanza el contrato no es de aprendizaje. Bien puede ocurrir que el que el trabajador en lugar de dedicar su tiempo a aprender un oficio, desempeña funciones ajenas a este cometido. Concorre entonces el supuesto previsto en el artículo 1º de la Orden de 29 de diciembre de 1.945, "la categoría que tiene asignada no corresponde a la función que efectivamente realiza", de donde se deduce la competencia de la Administración - laboral (22).

D) VALORACION DE PUESTOS DE TRABAJO.

La valoración de puestos de trabajo se encuentra difundida en empresas que han alcanzado un cierto grado de racionalización, pero apenas ha encontrado eco en la normativa laboral española. Entre las Reglamentaciones más importantes, sólo la de SIDEROMETALURGIA, art. 14, trata de fijar el concepto (23). Consiste esta técnica fundamentalmente en valorar los distintos puestos de trabajo descomponiéndolos las tareas en una serie de factores, que pueden resumirse en los cuatro siguientes: conocimientos, esfuerzo, responsabili-

(22) La R de la DGOT de 7-6-68 (BOMT, jun. 1968, Ref. 6-167) resuelve un conflicto que encaja en el supuesto que hemos descrito. Se trataba de un trabajador clasificado como aprendiz que solicita la categoría de peón. La Dirección General se la otorga en base a que "no se prueba de modo fehaciente que el que recurre se encuentra en una situación de enseñanza dirigida a la adquisición de una perfecta capacidad en el oficio". El mismo criterio sustenta la STS, SOCIAL, de 9-11-53 (R. 2679) y la de lo Ca. de 27-12-75 (R. 329/76).
(23) La de CONSTRUCCION, art. 26, alude al tema.

dad y condiciones de trabajo (24).

Clasificación profesional y valoración de puestos de trabajo constituyen técnicas distintas, pero muy próximas entre sí (25).

En cuanto a si los conflictos individuales de valoración de puestos de trabajo deben ser o no incluidos en el ámbito administrativo de la reclamación de clasificación profesional, MONTTOYA se ha ocupado del tema llegando a la conclusión, que compartimos plenamente, de que "conociendo la "siendo las reclamaciones individualizadas de grado o nivel de calificación de análoga naturaleza a las de clasificación, son los propios órganos del Ministerio de Trabajo. Conclusión esta que, aparte su irreprochable rigor jurídico es también la que ofrece mayores garantías de acierto técnico, al condicionar el reconocimiento del grado solicitado, no a cualesquiera diligencias probatorias, sino a los dictámenes exigidos en la O. de 29-12-45 y muy especialmente al preceptivo informe de la Inspección de Trabajo" (26).

La Jurisprudencia de la Sala IV, ha sido estudiada asimismo por MONTTOYA, quien ha comprobado su criterio opuesto a que se identifiquen ambos tipos de conflictos y consiguientemente el favora-

(24) SERVICIO NACIONAL DE PRODUCTIVIDAD INDUSTRIAL "Valoración de puestos de trabajo, salarios e incentivos", 2ª ed. Madrid, 1.967, pág. 21.

(25) RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Problemas de rendimiento y clasificación profesional, paros encubiertos y crisis tecnológicas (Coloquio sobre los movimientos migratorios interiores y exteriores: su relación con los desarrollos tecnológicos y con los programas de formación profesional en España y en los Estados Unidos de América)" Madrid, 1.964, pág. 44. MONTTOYA MELGAR, A. "Jurisdicción..." cit. pág. 76.

(26) "Jurisdicción..." cit. pág. 81. Postura contraria en PALOMEQUE, El supuesto base en los conflictos individuales de clasificación profesional", Rev. Pol. Soc. nº 95, jul-sep. 1.972, pág. 94, quien acepta la tesis jurisprudencial de que se trata de una cuestión de orden patrimonial.

ble a que la competencia para conocer de la valoración de puestos de trabajo se refiera a la Magistratura de Trabajo (27). El mismo criterio ha seguido manteniendo la Sala IV desde el año 1.970 en que MONTTOYA formulara sus observaciones (28).

El Tribunal Central de Trabajo, por su parte, mantiene sin -- ninguna vacilación que las calificaciones de puestos de trabajo -- constituyen problemas de clasificación profesional y que la Administración laboral tiene atribuida competencia para conocer de los mismos. Pueden examinarse diversas sentencias que abordan expresamente el tema de la competencia, entre ellas las de 20-1-75 (R. 237), 23-1-75 (R. 327) y 28-10-75 (R. 4616).

A su vez la Dirección General de Trabajo viene asumiendo, sin reparo alguno, competencia para conocer de los conflictos de valoración de puestos de trabajo (29).

(27) "Jurisdicción..." pág. 70-80. Cita las Sentencias de 17-10-67 (R. 4565) 30-3-68 (R. 1900), 2-4-68 (R. 2027), 27-6-68 (R. 3342), 24-2-69 (R. 976), 1-3-69 (R. 1329) 17-3-69 (R. 1624), 17-5-69 (R. 4528).

(28) Pueden comprobarse en las Sentencias de 8-2-71 (R. 695), 30-9-72 (R. 4141) 21-3-74 (R. 1435).

(29) R. de 13-6-75 (BOMT, jun. 1.975, Ref. 144), 4-9-75 (BOMT, oct. 1.975, Ref. 101), 4-9-75 (BOMT, nov. 1.975, Ref. 122), 21-8-75 (BOMT, dic. 1.975, Ref. 110).

2.2. DELIMITACION TEMPORAL:

La redacción de los correspondientes preceptos que regulan el procedimiento de clasificación profesional utilizando la forma gramatical del -- tiempo presente ("la función que efectivamente realiza", "las funciones -- que realmente tenga encomendadas") ha llevado a la jurisprudencia a reser-- var dicho procedimiento para las reclamaciones por trabajos que se están ejecutando en el momento de formalizarlas. En relación con el tiempo surge así una importante limitación al ámbito de competencia de la Adminis-- tración Laboral. Las Delegaciones sólo pueden entender en conflictos refe-- ridos a trabajos prestados en virtud de un contrato vigente. La limitación es congruente con el contenido del artículo 7º de la Orden de 29 diciembre 1.945 que priva de efectos retroactivos a las resoluciones en esta mate-- ria. Lógicamente si la reclasificación sólo puede tener efectos para lo sucesivo, carece de sentido cuando la extinción del contrato impide proyec-- tar aquellos hacia el futuro. La Jurisprudencia al respecto se elaboró en la década de los años cincuenta por la Sala de lo Social del Tribunal Su-- premo y desde entonces se ha visto afianzada más que por una reiteración constante se sentencias por el acatamiento estricto que a la misma han ve-- nido prestando tanto la Dirección General de Trabajo como el Tribunal Cen-- tral de Trabajo. Consideramos que el criterio jurisprudencial de subordi-- nar la competencia administrativa a la vigencia del contrato es razonable y correcto, ya que el procedimiento especial se caracteriza básicamente -- por la ^{importancia} ~~competencia~~ atribuida a los informes profesionales y de la Inspección de Trabajo aportados al mismo y la emisión de estos informes resulta muy dificultada y de escasa valor si el trabajador no puede ser contempla-- do en su puesto de trabajo, sobre todo si se tiene en cuenta que el dina-- mismo inherente a la organización de la empresa frecuentemente lleva con-- sigo que cuando se plantea una reclamación de clasificación pasado un cier-- to tiempo desde la extinción del contrato, el puesto de trabajo y el contex-- to en que éste se encuadra ha sufrido importantes transformaciones (30)

(30) En España ha formulado la misma observación MONTTOYA MELGAR, A. en "Ju-- risdicción y Administración de trabajo", Madrid, 1970, pág. 71. La doctri-- na italiana, tan sensible a los problemas de clasificación profesional, ha puesto de manifiesto la diferente importancia de los dictámenes técnicos y de la inspección del lugar de trabajo cuando está vigente el contrato de -- trabajo y cuando ya se ha extinguido. NAPOLETANO "Le qualifiche dei presta-- tori di lavoro" (Il diritto del lavoro nell'elaborazione giurisprudenzia-- le - Vol. 7) pág. 12

El tratamiento jurisprudencial del tema descansa en dos principios básicos: la diferenciación entre clasificación profesional y reclamación de diferencias y la delimitación de competencias según se trate de contratos de trabajo vigentes o extinguidos. Partiendo de esta doble consideración se ~~enuncian~~ enuncian dos reglas: primera, que las reclamaciones de clasificación profesional sólo pueden formularse en vida del contrato; segunda, que una vez extinguido éste, pueden reclamarse diferencias ante el Magistrado. La primera de estas reglas encuentra claro apoyo en la norma y la doctrina al respecto es categórica (31) En cuanto a la posibilidad de reclamar la diferencia correspondiente a trabajos de categoría superior, una vez extinguido el contrato, se encuentra admitida por una abundante jurisprudencia del Tribunal Central (32), pero lo cierto es que la del Tribunal Supremo es un tanto contradictoria, ya que son varias las Sentencias que cierran tal posibilidad con diversas trabas. Unas veces a través de una declaración de incompetencia de los órganos judiciales (33), otras por estimar, al margen de la cuestión de competencia, que extinguido el contrato no cabe ni clasificación profesional ni tampoco abono de diferencias (34)

(31) Puede examinarse en las Sentencias de la Sala de lo Social de 24-2-51 (R. 352), 16-3-51 (R. 672), 30-4-52 (R. 874), 26-4-54 (R. 960), - 18-10-54 (R. 2327), 12-11-65 (R. 5292).

(32) Aplica este criterio el Tribunal Central de Trabajo en numerosísimas Sentencias. Ciñéndonos a fechas próximas, podemos citar las de 18-10-73 (R. 3907), 27-10-73 (R. 4146), 28-1-74 (R. 362)

(33) Sentencias de la Sala VI de 9-2-52 (R. 884), 29-11-54 (R. 2799) y 26-5-58 (R. 708)

(34) Sentencias de la Sala de lo Social de 9-10-53 (R. 2638), 27-10-53 (R. 2653) y 23-11-53 (R. 2899). La última incluye el siguiente razonamiento: "se pretende ahora ejercitar un derecho ya decaído voluntariamente, exigiendo el reconocimiento con efecto retroactivo de una categoría que en ningún momento el obrero realmente ostentó"

En cuanto a la más rigurosa limitación temporal de la competencia administrativa de que las funciones de pretendida superior categoría se ejecuten en el momento de instar la reclamación, entendemos que sólo podría apoyarse en una interpretación gramatical excesivamente rígida de la Orden de 29 de diciembre de 1.945, que desconociera el alcance del procedimiento especial que regula. Acogido este criterio, se abriría el portillo a un posible fraude que provocaría la indefensión del trabajador, ya que lo normal es que este solicite la reclasificación directamente al propio empleador y que transcurra un período, con frecuencia dilatado, hasta que reciba contestación negativa o hasta que, ante la falta de contestación, se decida a plantear la reclamación oficialmente. Si durante este tiempo el empleador encomienda al reclamante funciones acordes con la categoría que ostenta, le impide la iniciación del procedimiento ante la Delegación y sólo puede acudir a Magistratura, privándole de las ventajas que en cuanto a la carga de la prueba supone en el procedimiento administrativo los informes sindical y de la Inspección de Trabajo. Además la táctica de utilizar trabajadores distintos por temporadas para el desempeño de funciones superiores dificultaría el que ninguno de ellos consolidase la categoría superior.

La doctrina administrativa de la Dirección General de Trabajo desautoriza este criterio restrictivo (35), y las Sentencias

(35) RDGT, 20-11-68 (BOMT, dic. 1968, Ref. 12-238) "la alegación de extemporaneidad, en cuanto a la formulación de la reclamación por la trabajadora interesada, parte de una errónea interpretación de la doctrina jurisdiccional recaída con ocasión de la aplicación de la Orden de 29 de diciembre de 1.945, toda vez que lo que dicha doctrina significa es que las reclamaciones relativas a clasificación profesional no pueden interponerse una vez extinguida la relación laboral, siendo así que la empresa desvirtúa dicha doctrina utilizando el argumento patentemente avocado al absurdo, de que la trabajadora debió reclamar cuando realizaba las funciones administrativas y no actualmente cuando dichas funciones han sido sustituidas por otras".

del Tribunal Supremo que en algún caso hemos visto citadas en apoyo del mismo no abordan esta cuestión ni siquiera indirectamente(36).

3. ORGANOS COMPETENTES.

Característica acusada del procedimiento de clasificación profesional es que la competencia se distribuye entre órganos administrativos y judiciales. A la Delegación de Trabajo corresponde la declaración del derecho al ascenso a categoría superior o, en su caso, a la percepción del salario correspondiente a la misma. La Magistratura entiende de las acciones por negarse el empleador al pago de la remuneración que corresponda. La distribución de la competencia material entre uno y otro órgano ha sido ya examinada.

La competencia territorial de la Delegación de Trabajo viene dada por el lugar donde se prestan los servicios, sin que se tengan en cuenta los domicilios del trabajador ni del empleador, según dispone el art. 3º de la Orden de clasificación profesional(37).

En cuanto a la competencia jerárquica debe tenerse en cuenta que la Dirección General nunca puede conocer de reclamaciones en primera instancia, aún cuando la empresa extienda su ámbito sobre varias provincias (38).

(36) La STS, CA, 21-11-69 (R. 5047)(citada por PALOMEQUE en "El su puesto base...", citado, pág 103) aún cuando afirme que "lo verdaderamente importante estaba en ajustar aquellas (las clasificaciones) a la función laboral que real y verdaderamente se está desarrollando en el momento de instar los obreros interesados las clasificaciones" lo cierto es que en el litigio no se planteaba ningún problema de naturaleza temporal.

(37)"Será competente la Delegación de Trabajo que ejerza su jurisdicción en el territorio donde se presten los servicios con independencia del lugar en el que tenga la Empresa su domicilio social".

(38) En un litigio en que la empresa rechazaba la competencia del Delegado de Trabajo argumentando que el Convenio Colectivo que le servía de apoyo había sido aprobado por la Dirección General y que por tanto a ella correspondía la interpretación del mismo, el Tribunal Supremo en S. CA, 12-6-72 (R. 3170) declara que la necesaria interpretación constreñida a indagar el sentido de la norma para aplicarla a un caso concreto no puede alterar la competencia propia de la Delegación de Trabajo.

En cuanto a las razones que pudo tener en cuenta el legislador para sustraer estas controversias a la competencia de la Magistratura de Trabajo, cabe citar tres:

a) La materia de clasificación profesional en los años 1.942 y 1.945 apenas si se encontraba elaborada (39). El recurso a la aplicación analógica y el respeto a principios de equidad debían ser tenidos muy en cuenta para alcanzar soluciones justas en este tipo de conflictos. Aún hoy día en que casi todas las actividades se encuentran reglamentadas y con listas amplias de categorías, - sigue siendo parcialmente válida esta observación. Quizás los órganos administrativos, que visitan los ambientes de trabajo, se encuentran en condiciones más favorables para valorar las múltiples facetas implicadas en las reclamaciones de categoría y para aplicar unas normas frecuentemente incompletas e incluso defectuosas evitando incurrir en soluciones peligrosamente rígidas. Las implicaciones extrajurídicas de estos conflictos han sido puestas de manifiesto por la doctrina italiana, país donde los jueces conocen de este tipo de conflictos(40).

(39) BERNAL MARTIN, S. en "problemas jurisdiccionales sobre clasificación profesional", en Rev. D. Privado, 1.956, pag. 1193, destaca la regulación jurídica de la clasificación profesional como conquista de los tiempos actuales.

(40) NAPOLETANO "Le qualifiche dei prestatori di lavoro" cit. pág. 4 "En materia de calificación la jurisprudencia de trabajo se diferencia netamente de la jurisprudencia formada en las otras ramas del derecho, porque, en nuestro campo, los jueces deben operar no tanto sobre el terreno jurídico cuanto sobre el terreno de la empresa y deben poseer una intuición y una sensibilidad además de jurídica, también y quizás sobre todo social y un acervo de nociones extrajurídicas, de carácter económico, técnico y sociológico que puede - sólo adquirirse penetrando y analizando el complejo y delicado mundo de la empresa".

b) Los conflictos de clasificación profesional se basan en datos técnicos y su solución exige unos conocimientos de la organización de la empresa y de las actividades que en ella se desarrollan de casi imposible consecución si no se inspecciona el lugar de trabajo y se establece contacto directo con el interesado, con los compañeros que realizan las mismas o similares tareas y con los jefes inmediatos. Quien no haya visitado muchos centros de trabajo difícilmente puede formarse un criterio sólido en la mayoría de los conflictos de clasificación profesional. La aproximación a la entraña de estos conflictos requiere, pues, un cierto conocimiento de la realidad económica, técnica y sociológica de la empresa; una experiencia de cómo se desarrolla el trabajo en la generalidad de las empresas y no sólo en aquella en que presta servicios el reclamante y en tercer lugar una inspección in situ de los puestos de trabajo relacionados con las tareas realizadas éste. La manera normal de proceder de los Magistrados de Trabajo se acomoda a estos presupuestos en menor grado que la de la Administración.

c) También podría citarse el deseo del legislador de no sobrecargar de trabajo a los órganos de la Magistratura. No parece argumento de peso el de aligerar de trabajo a un órgano para incrementar el de otro. Alude a esta motivación PEREZ LEÑERO en fecha próxima a la promulgación de la Orden de 29 de diciembre de 1.945. (41).

d) Una última razón podría alegarse en favor de la competencia administrativa, aunque no existe ningún motivo para suponer que haya sido tenida en cuenta por el legislador. La declaración de clasificación profesional puede perjudicar derechos de terce-

ras personas y el procedimiento seguido en Magistratura es menos adecuado para garantizar estos derechos. En el procedimiento administrativo la presencia del Inspector de Trabajo en el centro de trabajo y la obligada colaboración de los representantes sindicales hace más difícil que la reclamación pase desapercibida para los posibles interesados y también que la propia Administración no la aprecie de oficio. Además cualquier interesado tiene acceso al expediente en trámite de audiencia, circunstancia que no se da en el procedimiento jurisdiccional. Por último, la generosa admisión de recursos en vía administrativa permite que quienes se sientan perjudicados por la resolución final comparezcan en sucesivas instancias, mientras que si los conflictos de clasificación profesional se substanciasen ante la Magistratura en la mayoría de los supuestos no cabría recurso (42).

(42) El Decreto 1.925/76 de 16 de julio, por el que se modifica el art. 153 de la Ley de Procedimiento Laboral fija como límite mínimo de la cuantía litigiosa para poder entablar recurso de suplicación la cifra de 50.000 pesetas.

La doctrina española en general se ha mostrado opuesta a la - competencia atribuida a las Delegaciones de Trabajo, o al menos reticente (43). Nosotros entendemos que las razones más poderosas que avalan la intervención administrativa se apoyan sobre todo en los valiosos informes aportados al expediente. Por ello las indudables ventajas que resultarían si la Magistratura asumiese plenamente la competencia en los conflictos de clasificación profesional no se - verían contrarrestadas si continuasen siendo preceptivos los informes de la Inspección de Trabajo y del órgano u órganos profesiona- les conocedores de la actividad desarrollada por el reclamante. Existe el precedente de la necesaria emisión de informes de la Inspección en otros conflictos que se sustancian ante la Magistratura, - concretamente en los juicios por accidentes de trabajo (Ley de Pro- cedimiento Laboral, art. 125), y es sabido que estos informes, sin ser preceptivos, se utilizan en muy diversos procedimientos judicia- les para ilustrar al juzgador sobre todo en cuestiones de hecho. Po- dría pensarse que los datos fácticos y la apreciación extrajurídica de los mismos se encomendase a los asesores expertos previstos en los artículos 85 y 86 de la Ley de Procedimiento Laboral. Sin - embargo, preciso es reconocer que la institución de los asesores ha constituido un fracaso en el derecho procesal laboral español, tal como la doctrina previó cuando fueron implantados y ha constatado en épocas más recientes (44).

(43) ALONSO OLEA, M. "La materia contenciosa laboral" cit. pág. 116. "En cualquier caso lo que, hoy cuando menos, no se aprecia en absoluto es por qué este tipo de conflictos se ventilan en vía administrativa". PEREZ LEÑERO "Teoría general..." cit. pág. 114 "anomalía jurídica".

(44) MARTINEZ BERNAL S. "El proceso en materia de trabajo", en Rev. de Tr., nº 23, 1941, pág. 287, auguró escasa eficacia a la institución recién nacida y han constatado que efectivamente así ha ocurrido CABRERA BAZAN, J. en "La prueba en el proceso de trabajo", Rev. Pol. Soc. nº 82, abr.-jun. 1.969, pág. 76, y RODRIGUEZ PIÑERO, M. en "Sobre los principios informadores del proceso de trabajo", Rev. Pol. Soc. nº 81, ene-mar. 1.969, págs. 43-44.

Precisamente refiriéndose a los asesores, RODRIGUEZ-PIÑERO contrapone la escasa utilización de sus dictámenes a la frecuente de los informes de los Inspectores de Trabajo.

La Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1.958, no supuso la unificación total de procedimientos y aparte de que en el propio texto legal se configuran algunos especiales (sancionador y de elaboración de disposiciones de carácter general), en su artículo 2º recoge la posibilidad de existencia de procedimientos regulados separadamente a los cuales la Ley les sería aplicable sólo subsidiariamente en determinadas materias. La Disposición final primera, párrafo 3, de la misma Ley dispuso que en el plazo de tres meses el Gobierno señalaría los procedimientos especiales que habrían de continuar vigentes. En cumplimiento de esta disposición, por Decreto de 10 de octubre de 1.958 se -- aprueba una relación de los mismos, en la cual no aparece el de clasificación profesional de 29 de diciembre de 1.945. La omisión no significa en manera alguna que quedase derogado (45), sino la conceptualización del mismo como simple complemento de la Ley de Procedimiento Administrativo, de tal manera que las reclamaciones de clasificación profesional deben ser tramitadas por el procedimiento ordinario respetando las peculiaridades recogidas en la Orden de 29 de diciembre de 1.945. No nos encontramos pues, ante un procedimiento especial, sino ante algunas particularidades que deben tenerse en cuenta en el procedimiento administrativo ordinario. A este respecto resulta esclarecedor el preámbulo del Decreto de 10-10-58. "Es preciso puntualizar lo que debe entenderse al -- efecto, por procedimientos especiales. Porque no todos los procedimientos que se siguen en determinadas materias administrativas tienen aquel carácter. En la mayoría de los casos se trata de simples trámites establecidos por normas de tipo reglamentario que caben perfectamente den-

(45) La doctrina del Tribunal Supremo ha mantenido, sin lugar a duda, - la vigencia del procedimiento de la Orden de 29-12-45. STS, CA, 21-6-67 (R. 4017).

de sus preceptos, singularmente los consignados en los artículos 81, 87, 88 y 91. Dichos trámites han de considerarse establecidos como desarrollo o complemento de la Ley, al amparo de la facultad que a la Administración otorga, por ejemplo, el artículo 81, al permitirle determinar los actos de instrucción que estime más adecuados en cada caso. No existe entonces, propiamente, un procedimiento especial, sino una concreción por vía reglamentaria de los trámites previstos y admitidos en el procedimiento ordinario de la Ley".

Nuestro estudio del procedimiento aplicable a las reclamaciones de clasificación profesional se limita a aquellas particularidades que le separan del procedimiento ordinario y a la consideración de aquellas cuestiones que presentan un relieve singular en este tipo de re-clamaciones.

4.1.- RECLAMACION PREVIA ANTE EL JURADO DE EMPRESA

El art. 58 del Reglamento de Jurados de Empresa, aprobado por Decreto de 11 de septiembre de 1.953, estableció para los conflictos de clasificación profesional un particular trámite de reclamación previa ante el Jurado.

En cuanto a la materia conflictiva que debe ser objeto de consideración por parte del Jurado antes de que la reclamación sea presentada ante organismos ajenos a la empresa, viene delimitada por la expresión "en materia de clasificación profesional", sin que se mencione para nada la Orden de 29 de diciembre de 1.945. Teniendo en cuenta que esta Orden no se refiere a todos los posibles conflictos relacionados con la clasificación profesional de los trabajadores, sino sólo a una parte de ellos, cabe preguntarse si la reclamación ante el Jurado es previa a la incoación del procedimiento especial regulado en la citada Orden o si procede en cualquier conflicto que verse sobre la - indicada materia. Creemos que en el propio texto se recorta la generalidad de la expresión inicialmente utilizada cuando dispone que si la reclamación no fuera solucionada en el seno del Jurado se elevará a la "autoridad laboral competente". Dado el sentido usualmente atribuido al concepto de autoridad laboral, se debe concluir que el ámbito de competencia del Jurado para conocer de reclamaciones de clasificación profesional coincide con el de la Administración.

Dos características fundamentales cabe destacar en el trámite de reclamación ante el Jurado.

- No sustituye la intervención de la Organización Sindical a través del informe que preceptivamente debe emitir. El citado

artículo salva expresamente la competencia de dicha Organización.

Promulgada la Ley 19/1977 de 1 de abril sobre libertad sindical podría cuestionarse la exigibilidad del informe de la Organización Sindical.

- Las repercusiones que la omisión de la reclamación ante el Jurado valoradas unánimemente por la Jurisprudencia. En una primera época nace una doctrina legal en el sentido de que el procedimiento queda viciado de nulidad. Mantienen esta tesis las Sentencias de la Sala IV de 4-10-62 (R. 3565), 15-12-62 (R. 4980), 5-12-63 (R. 5186), 4-4-64 (1.808). Rompe esta uniformidad la Sentencia de 22-6-66 (R. 5572) - que se pronuncia terminantemente en sentido contrario: "Si bien es - cierto que el artículo 58 del Reglamento de Jurados de Empresa aprobado por Decreto de 11 de septiembre de 1.953 faculta a este organismo para con carácter previo conocer en materia de clasificación de - personal, lo hace... de una manera conciliadora e informativa y no - con facultades resolutorias, por lo que la omisión de tales trámites no puede conducir a la nulidad de actuaciones". Con posterioridad las Sentencias de 1-3-69 (R. 1333) y 5-11-70 (R. 4842) vuelven al criterio de la nulidad. Particularmente enérgica se muestra la STS, CA, de 5-11-74 (R. 4482) que anula todas las actuaciones seguidas en vía administrativa, por omisión del informe del Jurado y ordena reponer el expediente al momento en que debió emitirse.

La Administración Lboral ha seguido lógicamente las orientaciones del Tribunal Supremo. Así mientras que puede citarse alguna Resolución de la Dirección General que no admite la alegación de nulidad por no haber intervenido el Jurado, las más recientes se muestran -- inexorables en su exigencia (46).

De todas maneras la subsanación del defecto de interposición de la reclamación con carácter previo ante el Jurado no requiere que el (46) En el primer grupo, la R.D.G.T. de 20-11-68 (BOMT, nov.68 Ref. 11-87). En el segundo, las Resoluciones de 10-11-62 (JL.nº 214) 25-2-65 (JL. nº 217), 23-1-76 (BOMT, mayo 76, Ref. 5-84).

trabajador la presente y que éste resuelva antes de reproducirla ante el Delegado de Trabajo, sino que basta que se incorpore al expediente el informe del Jurado (47).

Cuando el expediente se inicia de oficio por la Inspección de Trabajo la intervención previa del Jurado se sustituye por la emisión de un informe (STS, IV, 25-10-65, R. 4867).

El trámite establecido en el Reglamento de Jurados entraña los siguientes momentos:

1º) Reclamación ante la empresa. La redacción del Reglamento de Jurados parece indicar que las reclamaciones de clasificación profesional deben plantearse al Jurado incluso antes que a la empresa. Cuando se dice que la reclamación habrá de interponerse en el plazo de diez días, a partir del momento en que la resolución de la empresa hubiera sido comunicada, no se aprecia claramente si alude a la reclamación ante el Jurado, en cuyo caso se prevé una instancia anterior ante la empresa, o si se refiere a la reclamación ante la Delegación de Trabajo, en cuyo caso se prevé que la decisión empresarial es posterior a la reunión del Jurado. No tiene sentido perderse en disquisiciones cuando constituye práctica habitual y correcta que cualquier trabajador disconforme con su categoría lo ponga antes en conocimiento de sus jefes inmediatos y sólo si no es atendido inicie gestiones ante otros organismos. En todo caso el hecho de dirigir la reclamación directamente a la empresa o al Jurado no afecta en nada a la validez del procedimiento.

2º) Reclamación ante el Jurado. En la reunión correspondiente el Jurado examina la cuestión y emite un dictamen. Si la reclamación ya había sido planteada ante la empresa, lo normal será que el Presidente, o cuanto representante de esta, defienda la tesis

(47) STS, CA, 21-6-76 (R. 3853) "Teniendo en cuenta el principio de economía procesal que veda reiteración de actividades procedimentales inútiles" (FOET, abr. Ref. 4-149).

La RDC 1-4-76 (FOET, may. 76, ref. 5-85) entiendo subsanado el defecto con la emisión del informe en fecha posterior a la resolución del Delegado de Trabajo.

empresarial contraria a la reclamación, pues en otro caso no se plantearía. Si la empresa la desconocía, posiblemente habrá de tomarse un plazo para estudiarla si bien su inclusión en el orden del día con la debida antelación permite a la empresa recoger los datos necesarios para informar al Jurado y para poder comunicarles su criterio.

3º) Resolución de la empresa. El artículo que comentamos de termina que la reclamación se elevará a la Autoridad laboral caso "de no mostrarse conforme esta (la empresa) con el dictamen emitido por el Jurado". Cabría entender que el punto de vista -- empresarial consta con anterioridad a la reunión del Jurado o que ha sido manifestado por medio de su Presidente y que por tanto -- resulta innecesaria una nueva resolución, desprendiéndose que si el dictamen del Jurado es divergente, sin más puede remitirse lo actuado a la Delegación de Trabajo. Esta interpretación choca -- con la redacción del texto legal, ya que, de ser este el sentido correcto, debería decir de no mostrarse el Jurado conforme con -- la postura de la empresa. Para que la empresa pueda mostrarse -- conforme o disconforme con el dictamen del Jurado es necesario -- que se pronuncie después de escucharle. Si bien, por economía de tiempo, cabe admitir que el propio Presidente del Jurado, atendidas las razones expuestas por los vocales, decida de forma expresa si la empresa se ratifica o modifica su negativa inicial.

4º) Remisión de la reclamación y del acta de la reunión a -- la Delegación de Trabajo. Aún cuando hemos notado que la redacción del artículo que comentamos no fija sin lugar a dudas si el plazo de diez días se refiere a la reclamación ante la Delegación de Trabajo o ante el Jurado, después de haber reclamado a la -- empresa, al poner en relación este plazo y la alusión a la disconformidad de la empresa con el dictamen del Jurado, nos incli-

na a interpretar que se refiere al primer supuesto. En todo caso entendemos que no tiene sentido esta limitación ya que ni puede entenderse como una prescripción, por ir en contra de normas de mayor rango, ni puede conducirnos al absurdo procedimental de que si se sobrepasa el plazo sea necesario iniciar una nueva reclamación ante el Jurado.

La expresión literalmente citada en el apartado anterior sobre la disconformidad entre las posturas de la Empresa y el Jurado plantea un nuevo problema. ¿Sólo en caso de disconformidad entre las posturas de la empresa y el Jurado debe remitirse copia del acta de la reunión a la Delegación de Trabajo? Conviene hacer algunas distinciones para centrar el problema. La tesis empresarial forzosamente ha de ser opuesta a la reclamación del trabajador para que exista el conflicto. El dictamen del Jurado, en cambio, puede ser contrario o favorable. Si es favorable al reclamante, se produce el supuesto contemplado en el texto legal. Si es contrario, entonces no existe disconformidad entre empresa y Jurado y una interpretación estricta conduciría a cerrar la vía de reclamación ante el Ministerio de Trabajo o al menos a entender que no debe incorporarse al expediente el informe del Jurado. La primera solución debe desecharse por ir en contra del derecho reconocido al trabajador de formular las reclamaciones que estime adecuadas a sus intereses y porque el trámite ante el Jurado no tiene más finalidad que eliminar expedientes innecesarios ante la Administración y aportar elementos de juicio para la resolución que se dicte. La segunda tampoco es aceptable aunque sólo sea porque de omitirse el informe del Jurado la Autoridad no podría constatar por sí misma si efectivamente se había cumplido el trámite procedimental.

4.2. INICIACION

El procedimiento especial de clasificación profesional puede iniciarse por el propio trabajador que realice trabajos de categoría superior o por la Inspección de Trabajo, según determina la Orden de 29 de diciembre de 1.945. Sus preceptos deben ser -- completados con la Ley de Procedimiento Administrativo en el sentido de que están facultadas para promover el procedimiento cual quier persona interesada. Vamos a considerar separadamente la iniciación a instancia de los interesados y por iniciativa de la -- Inspección de Trabajo.

4.2.1. A INSTANCIA DE LOS INTERESADOS

El concepto legal de interesado ~~se~~ encuentra desarrollado - en el art. 23 de la ley de Procedimiento Administrativo. Aplicando sus principios al supuesto concreto del expediente de clasificación profesional pueden distinguirse varias clases de posibles interesados.

1º) Quien realiza las funciones de categoría superior, debe ser considerado en todo caso interesado en los expedientes que - afecten a su puesto de trabajo. Sin embargo debe tenerse en cuenta que en ocasiones lo más favorable a sus intereses es que no se tramite el procedimiento. En la clasificación profesional las normas sobre ascensos producen resultados un tanto sorprendentes. Bien puede ocurrir que un trabajador realice trabajos de categoría superior y que no le corresponda el ascenso a él, sino a otro compañero. En este supuesto cuando la Administración compruebe la

inadecuación entre categoría y función obligará a la empresa a efectuar los trámites conducentes a cubrir la vacante con el trabajador a quien corresponda y el que ocupaba el puesto indebidamente deberá reintegrarse a los puestos de su categoría.

2ª) De acuerdo con el razonamiento expuesto en el número anterior, se desprende que deben ser considerados interesados en el procedimiento de clasificación profesional todos los trabajadores a quienes podría corresponder un ascenso, aún cuando ellos mismos no vengán desempeñando funciones de categoría superior. Cuando el sistema de ascensos es el de antigüedad o el concurso de méritos valorados de acuerdo con puntuaciones objetivas e inalterables se puede determinar previamente a quien corresponda el ascenso. Con otros sistemas de ascensos resulta imprescindible la realización de los trámites que procedan.

3ª) Incluso trabajadores cuyo ascenso no puede declararse en el procedimiento que se inicie ante la Autoridad laboral pueden ser considerados interesados, ya que el ascenso de otro trabajador supone un adelantamiento de puestos en el escalafón y una ampliación de las posibilidades de ascensos futuros.

4ª) ¿Los representantes sindicales de los trabajadores pueden ser considerados interesados a efectos de promover un expediente de clasificación profesional?. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión declarando que el Jurado de Empresa no está legitimado para ostentar la representación de otros trabajadores ejercitando acciones judiciales ni aún extrajudiciales. El mismo criterio lógicamente mantiene la Dirección

General de Trabajo (48).

Debe tenerse en cuenta que tanto los representantes sindicales como cualquier trabajador puede acudir a la Inspección de Trabajo para denunciar el incumplimiento de la legislación social. Nada se opone a que las irregularidades en materia clasificatoria sean puestas en conocimiento de la Inspección de Trabajo y que, si este organismo lo estima oportuno, ponga en marcha el oportuno procedimiento. Una Sentencia de 10-11-67 (R. 4.625) sustenta este criterio. Un trabajador denuncia irregularidades de clasificación profesional al Jurado y este organismo a la Delegación de Trabajo. El Tribunal Supremo considera válido el procedimiento.

4.2.2. A INSTANCIA DE LA INSPECCION DE TRABAJO

El artículo 2^º de la Orden de clasificación profesional determina que si la Inspección de Trabajo estima que la clasificación de algún trabajador no^{se} corresponde con la función que tiene encomendada, debe asesorar a la empresa para que se corrijan los errores de clasificación en que haya incurrido. Lógicamente ha de entenderse, aunque el texto legal lo omita, que no basta que el Inspector compruebe la inadecuación entre función y categoría, sino que además deberán darse los requisitos necesarios para que el trabajador que realiza la función superior o cualquier otro - tenga derecho al ascenso. Si el criterio del Inspector es aceptado por el empleador y los trabajadores, se modifica la categoría con efectos desde el momento en que aquel hubiera comprobado la

(48) STS, CA, 30-12-66 (R. 5920). RDGT. 8-9-66 (Bomt, rep 66, Ref 972) referida a un recurso.

indebida clasificación (art. 7 de la Orden). El acuerdo entre Inspector e interesados puede conceptuarse como un auténtico acto de clasificación profesional por parte del empresario o como simple manifestación de que este se compromete a otorgar al trabajador la nueva clasificación. La cuestión tiene trascendencia práctica. Puede ocurrir que un empleador visitado -- por la Inspección, para evitar dificultades, declare estar de acuerdo con las sugerencias del Inspector y que posteriormente, por malicia o por desidia, deje todo igual que estaba antes de la visita. Será necesario que, al transcurrir cierto tiempo -- el trabajador reclame el incumplimiento de lo pactado o que la Inspección en actuaciones ulteriores lo compruebe. Cuando -- empleador y trabajadores están en convivencia o cuando se trata de trabajos con gran movilidad de mano de obra es fácil que la ineficacia de lo acordado se descubra pasado mucho tiempo o incluso nunca. El problema que se plantea es el de si la aceptación del dictamen del Inspector vincula al empleador con la -- misma fuerza que una resolución firme o si por el contrario al cabo del tiempo resulta necesario promover el oportuno expediente ante la Autoridad laboral.

- En el primer caso debe entenderse que la pasividad del -- empleador no le exonera de responsabilidad. No existiría ya conflicto de clasificación profesional, sino de reconocimiento de efectos, con la vía jurisdiccional expedita sin necesidad de un pronunciamiento de la Autoridad laboral. Asimismo la Inspección podría levantar Acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social.

- Si por el contrario se entiende que la aceptación del dictamen la Inspección a nada obliga y que la falta de acatamiento

efectivo sólo puede remediarse mediante la iniciación de un expediente de clasificación.

Entendemos que cuando empresario y trabajador aceptan la clasificación propuesta por el Inspector dan vida a un auténtico acuerdo entre partes que les obligará en lo sucesivo, no en virtud de una exigencia impuesta por un tercero, ya que el Inspector carece de facultades para producir actos de clasificación profesional, si no en virtud de su propia voluntad negociadora. La documentación del acuerdo puede llevarse a cabo mediante escrito de las partes, que si lleva la firma del Inspector será con la única finalidad de avalar la existencia del acuerdo, o mediante diligencia en el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo, entendiendo asimismo esta anotación como certificación oficial del acuerdo de los interesados. Cualquier actitud posterior del empresario contraria a lo acordado debe ser tratada como incumplimiento de las condiciones inherentes a la categoría reconocida (49).

Si el empresario o cualquiera de los interesados se opusieran al dictamen del Inspector, este formulará por escrito la oportuna propuesta al Delegado de Trabajo. Aún cuando aquellos estuvieran de acuerdo con la categoría ostentada, no podrían paralizar el expediente mediante el desistimiento o la renuncia, por la doble razón de que los derechos laborales son irrenunciables y porque la clasificación surte efectos ante terceros (50).

(49) OJSA. "La clasificación profesional de los trabajadores" Valencia, pág. 25, entiende que en caso de aceptación por las partes interesadas los Inspectores de Trabajo se constituyen en "elementos asesores con facultad de decisión inicial, que surtirá los mismos efectos de una clasificación definitiva".

(50) La irrenunciabilidad de los derechos laborales ha sido aplicada al supuesto de un escrito-propuesta de la Inspección de Trabajo contra la manifestación del interesado que entendía estar bien clasificado en una Resolución de la DGO de 15-1-66 (BOM, ene 66, Ref. I-97).

La Inspección de Trabajo, de acuerdo con sus normas reguladoras, puede actuar por iniciativa propia o movida por empleadores, trabajadores y Organismos oficiales y Autoridades (51). Por tanto la comprobación de la inobservancia de las normas que regulan la clasificación, de la misma manera que cualesquiera otras normas laborales, puede efectuarse a instancia de terceras personas. Ello no puede desvirtuar el contenido del artículo 1º de la Orden de Clasificación profesional y quienes creen tener derecho a que se les reconozca que ejecutan trabajos de superior categoría deben ponerlo en conocimiento del Delegado de Trabajo y no de la Inspección, ya que la intervención de esta debe entenderse subsidiaria. Por ello si un trabajador denuncia que se encuentra indebidamente clasificado lo normal será que el Inspector le asesore sobre el procedimiento que debe seguir para formular la reclamación y sólo si concurren circunstancias excepcionales que justifiquen el escrito propuesta del Inspector lo redactará y remitirá él mismo al Delegado de Trabajo. La excepcionalidad deberá juzgarla el propio Inspector, a falta de normas al respecto. Dos son los supuestos que en principio parecen más adecuados para que la Inspección de Trabajo inicie el procedimiento directamente: la existencia de un acuerdo entre empleador y trabajadores para que figuren categorías inferiores y también cuando los errores de clasificación afectan a una parte importante de los trabajadores de la plantilla de tal manera que resulta difícil determinar la categoría de un trabajador si no se realiza previamente

(51) Véanse los artículos 9 y 11 de la Ley 39/1.962 de 21-julio sobre Ordenación de la Inspección de Trabajo y los art. 7 y 9 - del Reglamento aprobado por Decreto 2122/71 de 23 de julio.

una revisión general de categorías globalmente considerados. En este segundo supuesto resulta muy útil que el Inspector asesore al empleador sobre los criterios que debe tener en cuenta en la clasificación de los trabajadores, requiriéndole para una revisión de clasificaciones en un plazo prudencial, transcurrido el cual son objeto de examen las categorías que puedan quedar dudosas.

La facultad reconocida a la Inspección de Trabajo de promover procedimientos de clasificación profesional viene siendo reconocida por la Jurisprudencia no sólo como una posibilidad sino también como una limitación de la actuación inspectora. Numerosas sentencias de nuestro más alto Tribunal invariablemente proclaman que el Inspector que comprueba defectos de clasificación no puede levantar Actas de Infracción ni de Liquidación de cuotas a la Seguridad Social(52).

La valoración de esta doctrina no es fácil. Por una parte, si se tiene en cuenta que el acto de clasificación reviste especial dificultad, no parece razonable que un error en la aplicación de la norma origine una sanción. Es cierto que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento, pero no es menos cierto que cuando las leyes son de difícil aplicación a los casos concretos más que de incumplimientos cabe hablar de diferencias de criterio. Por otra parte, el encuadramiento de los trabajadores en una determinada categoría profesional frecuentemente obedece a apreciaciones subjetivas. Las razones expuestas han ejercido indudable fuerza en la elaboración de la jurisprudencia,

(52) Sentencias de 29-2-60 (R. 816) 18-3-60 (R. 1324), 29-2-60 (R. 816), 24-12-64 (R. 5566), 11-6-65 (R. 3019), 18-6-65 (R. 4712) 3-7-65 (R. 3364), 29-10-65 (R. 4873), 5-2-68 (R. 1611), 22-10-70 (R. 4563), 23-10-70 (R. 4566), 12-12-70 (R. 5423), 11-2-71 (R. 736).

sin embargo su admisión estricta no deja de plantear importantes problemas, ya que la clasificación profesional extiende sus efectos a otros trabajadores distintos del que se encuentra defectuosamente clasificado e incluso a ámbitos distintos del puramente laboral. La doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de - que la Administración considere la clasificación profesional en procedimiento distinto del específicamente establecido ha sido - criticada por RODRIGUEZ PIÑERO, el cual llega a la conclusión de que "no parece contrario a derecho afirmar que la Administración no tiene por qué estar a la clasificación profesional sentada por el empleador y a la vez que iniciar de oficio el procedimiento - específico para su correcta fijación, puede ya ejercer su potestad de policía en materia laboral, exigiendo las responsabilidades administrativas que se deriven del incumplimiento de las disposiciones laborales, así como los débitos resultantes del régimen de la Seguridad Social." (53). El auténtico problema no radica en el evidente entorpecimiento y lentitud que supone la duplicidad de procedimientos, sino en la privación de efectos retroactivos impuesta a las resoluciones administrativas en materia de clasificación profesional por el artículo 7º de la Orden de 29-12-1.945, con lo cual se consagra una peligrosa impunidad de manifestaciones infracciones.

(53) "Cuestiones laborales previas en el proceso administrativo", en Rev. de Pol. Soc. nº 82- abr. jun. 1.969. pág. 144-145. El prof. RODRIGUEZ-PIÑERO comenta la Sentencia del TS, CA, de 5-11-68, que anuló un Acta de Liquidación por diferencias entre las cuotas abonadas por la empresa por una trabajadora clasificada como aprendiz y las que correspondían según la clasificación que el Inspector estimó correcta de acuerdo con las funciones realizadas. El Profesor hace la observación, muy ajustada a la realidad, de muchas -- empresas, de que "en el caso de una diferencia de tarifa de cotización encubierta por una falsa clasificación (incluso de acuerdo con el trabajador) el empleador se vería libre de toda responsabilidad pues no habría formalmente descubierto. Sólo acudiendo a la vía lenta de las reclamaciones de la clasificación y para el futuro, podría llegarse, al cabo del tiempo, a aplicar la tarifa de cotización que realmente, en vista de las funciones realizadas correspondería al trabajador."

Dado que el argumento en que se ha basado la jurisprudencia para restringir las facultades sancionadoras de la Administración cuando se refieren a supuestos de clasificación profesional ha sido la existencia de un procedimiento específico para estos litigios, debe entenderse consiguientemente que fuera del ámbito material de la Orden de 29 de diciembre de 1.945, el Inspector que aprecie infracción a normas puede levantar las oportunas Actas. La aplicación de este criterio es clara en materia de reglas sobre ascensos, elaboración de plantillas y escalafones y otras similares (54). Más delicada es la hipótesis de posibles infracciones relacionadas con la ejecución de trabajos de categoría superior sin derecho al ascenso. Si se entiende, como hemos defendido, que nos encontramos ante un litigio amparado por la citada Orden, la conclusión es que deben aplicarse los mismos criterios que a la clasificación en sentido estricto. En cambio si se acepta la solución contraria mantenida con frecuencia por la jurisprudencia, un razonamiento rigurosamente lógico postula la admisión de las Actas de Inspección para sancionar las irregularidades observadas. Sin llegar a plantearse esta matización, el Tribunal Supremo ha considerado ajustadas a derecho Actas de las denominadas de perjuicios económicos por diferencias entre la categoría asignada y la superior en que debían encuadrarse los trabajos realizados. Aunque también puede citarse alguna Sentencia que sustenta el punto de vista contrario (55).

(54) Pueden citarse Sentencias referidas a supuestos de esta naturaleza que confirman la competencia de la Administración. Así la de 30-1-65 (R. 2567) que considera correcta la sanción impuesta a un Banco por no ajustarse a la normativa vigente en materia de ascensos, y la de 21-3-68 (R. 2148) que confirma una sanción por no haberse seguido el turno correspondiente para promover el ascenso (correspondía antigüedad y se utilizó el de libre disposición).

(55) A favor las STS, CA, 15-11-61 (R. 4365) y 26-2-66 (R. 3760). En contra la de 3-7-65 (R. 3364).

4.3. LAS EXCEPCIONES DE PRESCRIPCION Y COSA JUZGADA

4.3.1. PRESCRIPCION

La acción para reclamar contra la clasificación profesional no prescribe en tanto permanezca con vida el contrato de trabajo en aplicación de la norma general que sobre la prescripción en el ámbito laboral se contiene en el artículo 83 de la Ley de Contrato de Trabajo, ya que ni en la Orden de 29 de diciembre de 1.945 ni en cualquiera otra disposición se establece plazo distinto. Y dado que el procedimiento especial de clasificación profesional presupone la vigencia del contrato ha de concluirse que siempre que concurren los requisitos que condicionan la competencia del Delegado de Trabajo no cabe ni siquiera plantear la prescripción de la acción.

La doctrina del Tribunal Supremo en reiteradas Sentencias - ha establecido la imprescriptibilidad de las acciones relacionadas con la clasificación profesional en tanto no se extinga el - contrato de trabajo. (56).

En aquellos supuestos en que los trabajadores durante la vida del contrato cambian de categoría "podría pensarse en la existencia de dos distintos y sucesivos contratos de trabajo: el primero extinto en virtud de una novación objetiva producida al modificarse la categoría profesional, y el segundo que habría nacido precisamente por causa de esa novación y en sustitución del - primer contrato"(57).

(56) Pueden citarse las de 3-7-68(R. 3346), 23-2-71(R. 1115) y 3-2-72 (R. 500). Excepcionalmente la Sentencia de 8-5-71 (R. 3527) aplica el plazo de prescripción de tres años.

(57) CASAS, MARIA EMILIA "Clasificación profesional: prescripción de acciones y competencia de la Administración Laboral. Comentario a la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 23-2-71", en Rev. Pol. Soc. nº 92, oct.-dic. 1.971, pág. 195.

De admitirse esta hipótesis cabría sostener que con la ex tinción del contrato primitivo se iniciaba el plazo de pres-- cripción. La postura correcta es contraria, ya que la generali dad de la doctrina española entiende que nos encontramos ante una novación meramente modificativa (58). Este asimismo es el - criterio actualmente sustentado por el Tribunal Supremo: "no -- constituye esta modificación contractual de trabajo causa deter^u minante de la terminación del contrato existente, que todavía - perdura mientras que se mantengan las actividades laborales, - sea en una u otra clase profesional o forma de prestarse los - servicios (59).

Hubo un tiempo sin embargo en que el Tribunal Supremo en- tendió que un ascenso de categoría entrañaba una novación de la

(58) ALONSO OLEA M. "Derecho del Trabajo", cit. pág. 133
CASAS, MARIA EMILIA, eodem loco

(59) STS. S.IV, 23-2-71 (R. 1115). Esta Sentencia argumenta así- mismo en favor de la no prescripción "ser impropio hablar de pla- zos legales de prescripción referidos al ejercicio de acciones - judiciales, puesto que los obreros reclamantes no han ejercitado ninguna, sino que se han limitado a formular una petición ante - las Autoridades laborales lo que motivó los acuerdos recurridos, siendo la empresa accionante la única que ejercita una acción ju- dicial contencioso-administrativa contra tales decisiones y, por ello, no se puede equiparar el aplazamiento o pasividad de los - productores afectados durante el tiempo transcurrido en dirigir- se a los correspondientes organismos estatales para el reconoci- miento de sus derechos, con una prescripción extintiva de accio- nes judiciales". MARIA EMILIA CASAS, que ha profundizado en el - examen de esta Sentencia, con razón, estima que "el argumento del Tribunal Supremo es totalmente rechazable; la acción ejercitada en el caso examinado no ha prescrito, pero no por el hecho de tra- tarse de una acción judicial (carácter que evidentemente no tie- ne ya que no se ha ejercitado ante el magistrado de Trabajo si- no ante una autoridad administrativa laboral), sino porque el su- puesto del artículo 83 de la Ley de Contrato de Trabajo no se ha cumplido" Loco cit. pág. 198.

relación laboral que implicaba el inicio del computo del plazo de prescripción (60).

4.3.2. LA COSA JUZGADA

La excepción de cosa juzgada fundada en una anterior consideración de la cuestión por la Administración difícilmente puede prosperar en conflictos de clasificación profesional ya que la materia presenta unas características de imprecisión y movilidad que no se compaginan con el requisito de perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, exigida por el artículo 1.252 del Código Civil. Por descontado que el planteamiento de una reclamación de clasificación profesional puede plantearse por trabajadores distintos aunque se encuentra en las mismas condiciones que otros afectados por un acto administrativo o judicial dictado con anterioridad(61) Las dificultades en la admisión de la excepción de cosa juzgada pueden ser más graves cuando reclaman los mismos trabajadores en base a tareas en parte, al menos, análogas a los que ya fueron objeto de litigio.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en diversas sentencias: "habida cuenta de que en muchos casos los motivos por los cuales se interese la clasificación de personal pueden ser diversos y responder a diferentes épocas de tiempo y de variedad de trabajo, que alejan la perfecta identidad de situa-

(60) SUAREZ GONZALEZ, F. "La prescripción y la caducidad - en el contrato de trabajo" en Rev. Pol. Soc. nº 85, ene-mar. - 1.970, pag. 80 con cita de jurisprudencia de las décadas de 1.920 y 1.930.

(61) STS. 11-10-69 (R 4265)

ciones" (STS, CA, 16-6-70 - R. 3397) (62).

Incluso sin variar el contenido de la ocupación cabe que con el transcurso del tiempo las tareas se realicen con mayor perfección y ~~salido~~ es que la mejor calidad del trabajo constituye nota esencial en la delimitación de muchas categorías. Recoge este criterio la STS, S.IV, de 10-6-72: "si ciertamente en 5 diciembre de 1.960 quedó clasificada doña María Luisa con su aquiescencia y a virtud de su reclamación de oficial de 2ª del personal no funcionario, como se reconoce de consuno, ello no representa obstáculo legal a que se tramite la debatida pretensión del ascenso con soporte en el transcurso de los años de trabajo y de la formación que hayan podido proporcionar a doña María Luisa para la aspiración al empleo de oficial de 1ª, ya que precisamente este aspecto fundamental se ventila en el pleito y por ende no puede rechazarse de entrada como impedimento de la admisión".

La postura expuesta no trata de defender que las reclamaciones de clasificación profesional sean susceptibles de sucesivos expedientes iniciados con la esperanza de conseguir que un fallo favorable siga a otro adverso sin que hayan variado en nada las funciones realizadas ni las circunstancias que concurren en su realización. Hemos señalado sólomente una cierta dificultad en -

(62) Idéntica doctrina en STS, CA, 26-4-66 (R. 2125) y 21-12-67 (R. 5032) y en RDGT. 21-10-67 (BOMT, oct. 67, Ref. 10-160) y 14-9-65 (citada en JL. nº 202). Especialmente expresiva es la primera de estas dos Resoluciones). "Debe recordarse que, tal como tiene declarado la Jurisprudencia, los acuerdos recaídos en materia de clasificación profesional no son definitivos, por la propia naturaleza de estas reclamaciones, sino que tienen el carácter de pronunciamientos en razón a las circunstancias de hecho y normas legales que los fundamentan, por lo que de variar unas u otras, y previa prueba de tal alteración y de que esta tiene entidad suficiente para justificar la pretensión deducida por los trabajadores es posible dictar nuevo fallo".

la admisión de esta excepción que no es lo mismo que imposibilidad (63).

En los conflictos de clasificación profesional pueden existir pronunciamientos previos que les afecten emanados no sólamente de órganos administrativos sino también judiciales. Los efectos de la cosa juzgada en Magistratura se extienden a los conflictos de clasificación a través de una triple vía:

a) La declaración previa sobre la naturaleza de la relación laboral. Si la Magistratura ha calificado una relación como no/laboral, la Administración no entrará a conocer de la categoría profesional ya que esta es inherente al contrato de trabajo y - la calificación del mismo constituye materia típica de la competencia de la Magistratura (64). Esta tesis ha sido acogida exprese

(63) RDGOT, 8-8-66 (BOMT, agos. 66. Ref. 8-80) "Considerando que la excepción de cosa juzgada no tiene una aplicación absoluta - en los expedientes de clasificación profesional, por razón de su propia naturaleza, ya que teniendo este procedimiento como finalidad la adecuación y encaje de las funciones desarrolladas por el productor con la categoría profesional que reglamentariamente las define, es evidente que en cualquier momento, siempre que se pruebe el cambio de la actividad calificada en anterior pronunciamiento de la Administración, puede prosperar nueva reclamación. Sin embargo en el presente caso habiendo recaído fallo/ de este Centro directivo el 14 de enero de 1.966 enjuiciando análoga petición del mismo reclamante al servicio como en la actualidad de la hoy recurrente, teniendo su petitum igual objeto, y sin que se haya demostrado en el expediente la alteración de sus funciones... por todo lo cual es evidente que concurren los requisitos definitorios de la excepción de cosa juzgada".

(64) MONTOYA MELGAR, A. "Jurisdicción y Administración" cit. pag. 170 "Las únicas decisiones judiciales que en rigor deben vincular a la Administración son las que se refieren a temas de estricta calificación jurídica, de competencia de la Magistratura: así, la declaración de la naturaleza laboral o extralaboral de un contrato, la cualidad de empresario o trabajador del sujeto/ de una relación jurídica, ..." "Cuando la Jurisdicción laboral ha ya emitido un pronunciamiento de tal naturaleza incluido entre los típicos de su competencia, la Administración habrá de abstenerse de entrar por vía incidental en el análisis de tales temas".

samente por el Tribunal Supremo(65). La sumisión del órgano administrativo que conoce de un expediente de clasificación profesional a los pronunciamientos de la Magistratura sobre la naturaleza del contrato entendemos que no entraña los riesgos de carácter práctico que en relación con el procedimiento de imposición de sanciones y liquidación de cuotas de Seguridad Social, han sido denunciados por RODRIGUEZ PIÑERO (66). Análogo criterio y por las mismas razones debe aplicarse al supuesto de que la Reglamentación aplicable haya sido determinada asimismo por la Magistratura (67).

b) La atribución de categoría profesional en un proceso laboral como cuestión previa para la resolución de la reclamación principal. Los efectos de la clasificación profesional son tan amplios que inciden en casi todos los aspectos de la relación laboral. Por este motivo cualquier reclamación que se presente ante la Magistratura por un trabajador cuya categoría no conste -- obligará frecuentemente al Magistrado a pronunciarse con carácter previo e incidental sobre la clasificación profesional (68), como

(65) STS, CA, 15-10-70 (R. 4140) "La facultad de clasificación profesional que se atribuye al Ministerio de Trabajo y sus Delegaciones ha de ejercerse, no sólo dentro del ámbito propio de las Reglamentaciones Laborales aplicables, sino sin pignar ni menos desconocer, los efectos de los pronunciamientos contenidos en fallos judiciales emanados de la Jurisdicción especializada competente" "al confirmar la clasificación laboral del productor F. el Ministerio de Trabajo... contrarió las declaraciones de la Sentencia de la Magistratura... que sin equívocos ni distinguos refiriéndose al vínculo contractual del mismo, con la entidad recurrente, proclamó su incompetencia por ese dicho vínculo de índole mercantil". Un comentario de esta Sentencia, en relación con el delicado tema de la finalidad de competencias judicial y administrativa en materia laboral realice en "Jurisprudencia sobre competencia de la Administración laboral" en Rev. Pol. Soc. nº 90 abr-jun. 71 pag. 128.

(66) RODRIGUEZ PIÑERO M. "Cuestiones laborales" cit PAG. 153 s.

(67) Extrañamente la STS, CA, 19-11-62 (R. 4462) admite que la Administración laboral, al conocer de un expediente de clasificación profesional, encuadre al trabajador en Reglamentación distinta de la establecida por la Magistratura.

(68) El Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en S. 28-2-61 (R.1378) declaró que la Magistratura no puede dejar de conocer una cuestión salarial aplazándola en tanto no se pronuncie el Delegado de Trabajo sobre la clasificación del demandante.

antecedente necesario para la solución de la cuestión de fondo. Dicho pronunciamiento no es obstáculo a que con posterioridad los interesados promuevan ante el órganos administrativo competente un conflicto puro de clasificación profesional, sin que la decisión incidental de la Magistratura sea vinculante para la Administración, ya que a nadie se puede privar de las garantías que supone la tramitación de un procedimiento autónomo.

c) La calificación de trabajos realizada con motivo de una reclamación de diferencias salariales por ejecución de trabajos de superior categoría. La Magistratura de Trabajo conoce de reclamaciones por diferencias salariales y aún cuando se abstenga de realizar un acto de clasificación profesional, por fuerza debe pronunciarse sobre si los trabajos realizados corresponden o no a la categoría superior. Si el pleito ante la Magistratura se ha promovido una vez extinguido el contrato no cabe que los mismos trabajos sirvan de soporte a un posterior expediente de clasificación profesional. El problema de la posible excepción de cosa juzgada surge cuando la demanda se ha presentado en Magistratura durante la vigencia del contrato de trabajo.

Puede darse la hipótesis de que un trabajador que estima realizar funciones de superior categoría demande al empresario por diferencias salariales y posteriormente en base a las mismas funciones solicite el ascenso. La solución de este problema no es fácil. En pura técnica jurídica debe concluirse que reclamación salarial y clasificación profesional no coinciden exactamente y que por tanto no es aplicable la excepción de cosa juzgada. Pero lo cierto es que resulta poco serio que el trabajador vuelva contra sus propios actos y reitere su reclamación ante la Administración,

tanto más cuanto que si inicialmente acudió a Magistratura sería porque entendía que no le correspondía la categoría superior. En el caso de que la Magistratura haya entendido que los trabajos realizados no correspondían a la superior categoría plantear la cuestión de clasificación profesional con posterioridad supone - de hecho un nuevo pronunciamiento sobre una cuestión que habiéndose sido denegada ha adquirido firmeza. Por otra parte no cabe desconocer que a lo largo del tiempo, manteniéndose la identidad de las funciones, pueden variar las circunstancias que influyen en los requisitos para tener derecho al ascenso en cuyo caso la segunda reclamación estaría fundamentada en datos no idénticos. El problema desaparece si se interpreta la legislación vigente - en el sentido de que los conflictos surgidos de la discordancia entre categoría y funciones de facto, en tanto no se extinga el contrato de trabajo, son de la exclusiva competencia de la Administración laboral, ya que haría imposible el supuesto de que unos mismos trabajos originasen una reclamación de diferencias económicas primero y otra de clasificación profesional posteriormente. Esta es la postura que hemos mantenido al tratar de la competencia administrativa en materia de clasificación profesional con diversos argumentos a los que puede añadirse el de la conveniencia de evitar la situación que acabamos de describir. Sin embargo, preciso es reconocer que tanto el Tribunal Supremo como el Central de Trabajo repetidamente han entendido que las reclamaciones de - diferencias económicas pueden ser dirigidas ante los órganos de - la jurisdicción laboral. En un supuesto concreto coincidente con la hipótesis planteada de reclamación de diferencias no concedidas por Magistratura y seguidamente reclamación de clasificación

profesional ante la Delegación de Trabajo el Tribunal Supremo expresamente rechazó la excepción de cosa juzgada(69).

La intervención de la Magistratura de Trabajo promovida como modificación unilateral de condiciones de trabajo puede conllevar un pronunciamiento jurisdiccional sobre la categoría profesional. Este supuesto se abordó en la STS, CA, 14-4-62 (R. 1902). - Unos trabajadores que vinieron desempeñando interinamente puestos superiores al ser destinados a los puestos de su categoría reclamer ante la jurisdicción laboral hasta agotar la vía jerárquica sin éxito. A continuación plantean ante la Administración conflictos de clasificación profesional. El Tribunal Supremo admite la excepción de cosa juzgada. "Habiendo elegido los empleados la vía laboral y habiendo sido desestimada su demanda... hoy no puede - ir contra sus propios actos ni abandonar aquella vía para acogerse a la administrativa, porque el respeto al orden público que - caracteriza a todas las leyes de procedimiento, de una parte, y la entidad de la cosa juzgada de otra, cierran el paso a esta pretensión; cierto que está delimitada la competencia de una y de - otra, pero también es cierto que al resolverse la cuestión en aquella implica la excepción de cosa juzgada en esta".

(69) STS, CA, 10-6-72 (R. 3167) "Tampoco se ofrece la identidad aducida para que se de la cosa juzgada entre la reclamación del devengo superior, circunscrita al mismo y la de la categoría profesional que si bien acarrearía la mejora de percepción, reviste más amplio alcance de consolidación y situación escalafonal".

4.4. INFORMES

La Ley de Procedimiento Administrativo, art. 84, determina que para la resolución de los expedientes se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales y los - que se juzguen absolutamente necesarios. La Orden de 29 de diciembre de 1.945, art. 4º, por su parte establece que deben informar la Inspección de Trabajo, la Organización Sindical y la Empresa. (70).

La importancia de los informes en el expediente de clasificación radica en que las cuestiones de hecho, de manifiesta trascendencia en este tipo de conflictos, son acreditados a través - de los mismos, básicamente los de la Organización Sindical y la la Inspección de Trabajo, organismos poseedores de "un grado máximo de experiencia, conocimiento, atención y responsabilidad, - no sólo en el puesto de trabajo, sino en otros, debido a los contactos y tratamiento de materias". (STS, CA, 29-9-72 / R. 4116).

A) Los caracteres de los informes son los siguientes:

a) Son preceptivos los enumerados en la Orden de clasificación profesional, ya que así lo determina expresamente. La no petición de los mismos anula las actuaciones administrativas (STS, CA, 26-1-68/ R. 688).

b) Los informes preceptivos son compatibles con cualquier - otro que la Autoridad laboral estime oportuno solicitar. En este sentido el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse repetidas veces en relación con informes solicitados a los Ingenieros de Minas del Ministerio de Industria (71).

c) Ningún informe es vinculante, si bien los informes de la

(70) El carácter preceptivo del informe de la Organización Sindical podría cuestionarse después de la Ley 19/77 de 1 de abril.

(71) STS, CA, 31-1-75 (R. 472), 14-3-75 (R. 1804) y 13-11-75 (R. 4908).

Inspección en cuestiones de hecho relacionadas con la clasificación profesional revisten excepcional importancia por las razones que con precisión y realismo señala la Sentencia de la Sala IV de 10-10-75 (R. 4570) "En este tema es preciso destacar la importancia de lo que respecto a la calificación del personal informa la Inspección de Trabajo, pues el carácter preceptivo de este informe, la especialización y objetividad del órgano de que emana, como ajeno a los intereses en pugna, y la comprobación de la realidad de la función mediante su constatación in situ confiere a los que dicen los Inspectores dentro del ámbito de su actuación inspectora una fuerza que sólo mediante la aseveración firmemente fundada de que en lo fáctico o en las calificaciones jurídico-laborales incurrió en error el informe podrá legitimamente apartarse la Administración decisoria de lo que le asesora aquel órgano". Resulta excesivo y sin fundamento legal atribuir a los informes de la Inspección de Trabajo en esta materia presunción legal de certeza, como le otorga la S.T.S, S. IV de 10-10-74 (R. 3770). El Decreto de 2-6-60 que cita (sustituído actualmente por el Decreto 10-7-75) se limita a las Actas. Cuando el Tribunal Supremo se enfrenta con informes contradictorios los acoge con criterios varios. En ocasiones concede primacía a los del Jurado y Organización Sindical (72), si bien lo más frecuente es que acepte el de la Inspección de Trabajo (73).

(72) STS, CA, de 2-2-63 (R. 795) y 9-11-63 (R. 4750)

(73) STS, CA, 15-2-67 (R. 1039) "ante semejantes aseveraciones discordes el Tribunal se atiende esencialmente a la de la Inspección de Trabajo por su postura de organismo oficial llamado cabalmente a fiscalizar las condiciones y adscripciones efectivas en que el servicio se presta". STS, S.IV de 29-4-74 (R. 1961) "se impone aceptar el de la Inspección tanto porque ofrece una mayor garantía de imparcialidad superior a la de los otros dos". Coincidente la STS, CA, 17-2-76 (R. 899).

B) El contenido de los informes es en parte reglado y en parte se deja al libre criterio de quien lo emite. En todo caso se han de constar con el debido detalle las funciones que tuvieren encomendadas los trabajadores afectados. (art. 4º citado) La descripción de las tareas constituye sin duda la parte fundamental del informe, ya que sin este presupuesto es imposible que la Autoridad laboral disponga de los elementos fácticos para resolver el conflicto. Teniendo en cuenta que los trabajos han de ser encuadrados en una determinada categoría profesional previamente establecida lo razonable es que la descripción de funciones se realice tomando como referencia el contenido de las categorías aplicables.

Un segundo grupo de datos que deben acreditarse en el expediente son los relativos a las circunstancias del interesado, de sus compañeros y del puesto a cubrir que deben ser objeto de examen para determinar la procedencia del ascenso. Por ejemplo, los puestos de la plantilla, el número de trabajadores que ostentan/la categoría de ascenso, qué turno corresponde, etc. La necesidad de aportar estos elementos no la destaca la Orden de clasificación. Sin embargo, son tan imprescindibles como los relativos a la función efectivamente desempeñada.

En cuanto a las normas aplicables constituyen objeto de lógica consideración en los informes, pero su omisión en manera alguna puede ser obstáculo para que la Autoridad laboral resuelva el expediente aplicandolas como estime adecuado.

C) El plazo para la emisión de los informes es de quince días, según la Orden de clasificación profesional, establece, ampliando los diez días establecidos con carácter general por la Ley de Procedimiento Administrativo, art. 36, a la que, sin embargo, no se opone, ya que la misma prevé la existencia de disposiciones que --

permitan plazo mayor, siempre que no exceda de dos meses.

La ausencia de cualquier informe, debidamente solicitado y no presentado en el plazo señalado, no afecta a la validez de las actuaciones posteriores (74).

4.5. EL TRAMITE DE AUDIENCIA DE LOS INTERESADOS

La Orden de 29 de diciembre de 1.945 no prevé el trámite de audiencia de los interesados, sin embargo el procedimiento de -- clasificación profesional no es de los considerados especiales -- por el artículo 1º de la Ley de Procedimiento Administrativo y -- por tanto le es aplicable el artículo 91 de la misma que regula el citado trámite (75).

Los documentos del expediente de clasificación profesional antes de la resolución son de dos clases: alegaciones y pruebas documentales de los interesados por una parte e informes por otra. Las alegaciones del reclamante son conocidas por el empleador a través de la reclamación previa que casi siempre ha existido, a través del Jurado de Empresa si lo hubiere y en todo caso por la comunicación de la Delegación de Trabajo solicitando su informe. Las alegaciones del empleador normalmente son conocidas del trabajador, si bien no siempre es así. Los informes que preceptiva o facultativamente solicite el Delegado de Trabajo -- siempre son des conocidos por los interesados. Pero la mera existencia de documentos no accesibles a los interesados no implica sin más que resulte imprescindible la audiencia de los interesados. De acuerdo con el artículo 91 citado se requiere la existencia de hechos o pruebas

(74) Ley de Proced. Admin. art. 86, 1, 3. RDGOT. 24-9-65 (Citada en JL. nº 212).

(75) El texto del citado artículo es el siguiente: " 1. Instruidos los expedientes... se pondrán de manifiesto a los interesados".

distintas de las aducidas por ellos. En evitación de apreciaciones dispares sobre este punto, parece lo más correcto que la Administración conceda vista del expediente en todo caso.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha sido excesivamente rigurosa en la exigencia del trámite de audiencia.

Pueden citarse diversas Sentencias que consideran que la omisión del citado trámite no afecta a la validez del procedimiento, frente a otras que lo exigen inexorablemente. (76).

La Jurisprudencia administrativa en alguna Resolución ha sostenido que la omisión del trámite de audiencia no afectaba a la validez de las actuaciones. Así la de 29-4-66 de la DGOT (BOMT de agosto de 66, Ref. 8-82). Más recientemente se ha endurecido el rigor en la exigencia del derecho de audiencia (77).

(76) Entre las primeras puede citarse la STS, CA, 20-6-62 (R. 2845) "Los hechos siempre fueron los mismos y hubieron de ser tenidos en cuenta en las sucesivas resoluciones que al efecto se dictaron.. por lo que el caso se encuentra incurso en el último párrafo del art. 91 de la invocada Ley de Procedimiento Administrativo.

En términos análogos las Sentencias TS, CA, de 26-10-62 (R. 4121) y 29-4-74 (R. 1961).

Anulan actuaciones por omisión del trámite de audiencia las interesadas varias Sentencias, entre las que podemos citar las de 5-6-61 (R. 2445) y 22-2-71 (R. 796).

(77) Pueden citarse abundantes Resoluciones en este sentido. Entre otras las de 6-6-66 (BOMT de agosto 66, Ref. 8-83), 5-9-74 (BOMT, septiembre 74, Ref. 9-53), 27-8-75 (BOMT, septiembre 75, Ref. 9-102), 21-9-76 (BOMT, septiembre de 76, Ref. 9-106).

Al margen de cualquier fluctuación de la jurisprudencia, entendemos que la vista de los informes por los interesados debe considerarse insoslayable siempre que en ellos se acoja la posibilidad de otorgar al trabajador una categoría distinta de la - que posee y de la que solicita (78).

¿A quién debe concederse el derecho de audiencia? La Ley de Procedimiento Administrativo, art. 91, se refiere a los interesados, concepto que aparece explicitado en el art. 23 de la misma Ley (79). Trasladando el concepto de interesados al ámbito de los conflictos de clasificación profesional se llega a las siguientes conclusiones. Empleador y trabajador que realiza las funciones pretendidamente superiores son personas a quienes obviamente debe reconocérseles acceso al expediente. Si el trabajador que inicia el expediente fuera distinto del que realiza dichas funciones, - ambos deben ser oídos. Por último cualquier trabajador que acredite que la resolución del expediente puede afectar a su propia clasificación o a su derecho preferente a ascender también ha de ser considerado interesado.

(78) Contemplan este supuesto y acogen el criterio que hemos expuesto las Resoluciones de la DGO^T de 16-8-67 (BOM^T de octubre 67; R. 10-159) y 26-5-65 (Citada en J.L. nº 211)

(79) Literalmente dice así: "Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos.
- b) Los que sin haber iniciado el procedimiento ostenten derechos - que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva."

4.6. RESOLUCION DEL EXPEDIENTE.

La resolución administrativa que pone fin al procedimiento de clasificación profesional exige la inclusión de los aspectos fácticos y jurídicos de las tareas y de los ascensos. Entre los hechos, la fijación de las tareas cuya realización estima probada y la constatación de las circunstancias que tengan relevancia en el régimen de ascensos, por ejemplo, turno a que corresponde, antigüedad del trabajador afectado cuando afecta a este turno, etc. En relación con la normativa -- aplicable, debe analizar el cuadro de categorías en el que ha de subsumirse la función realizada y las reglas sobre ascensos. La omisión de cualquiera de cuatro elementos citados incurriría en infracción del art. 93 de la Ley de Procedimiento Administrativo (80).

En cuanto al fondo la Autoridad laboral puede optar por tres pronunciamientos básicos: desestimar la calificación de trabajos de categoría superior, reclasificar al trabajador o reconocer la realización de trabajos de superior categoría sin derecho al ascenso. En principio no son radicalmente incompatibles la reclasificación en una nueva categoría y la declaración del derecho a percibir diferencias de una categoría superior a la que se concede, ya que puede ocurrir que un trabajador realice funciones de una determinada categoría no inmediata a la que ostenta y que no cumpla los requisitos para alcanzar ésta, pero sí -- otra intermedia (81). De todas maneras se trata de un supuesto excepcional y por ello no lo tenemos en cuenta a efectos sistemáticos aún cuando abordemos las implicaciones que encierra.

4.6.1. DENEGACION.

Si los informes aportados al expediente pudiesen de manifiesto que los trabajos que dice realizar el trabajador no los realizase efectivamente o dedicase a ellos una proporción de tiempo insignificante e intrascendente en la relación laboral y en la organización de la empresa

(80) La Ley de Procedimiento Administrativo, art. 93, preceptúa que la resolución decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del expediente.

(81) Este supuesto es contemplado y admitido por la STS, CA, 3-5-76 (R. 2466).

sa o también si el Delegado de Trabajo estimase que las tareas desarrolladas por el trabajador son propias de la categoría que tiene asignada, en todos estos supuestos la resolución en el fundamento de las indicadas razones denegará la pretensión de ascenso o de diferencias económicas y declarará que es correcta la clasificación acordada por la empresa.

4.6.2. RECLASIFICACION.

Los extremos básicos que deben acreditarse en el expediente de clasificación profesional son la efectiva realización de las funciones alegadas y que estas encajan en el ámbito de la superior categoría (82). Ahora bien el cumplimiento de estos requisitos constituye condición necesaria para el ascenso, pero no suficiente, ya que acreditada la realización de trabajos de superior categoría, el Delegado de Trabajo no puede, sin más atribuirle al reclamante. Es indispensable que, de acuerdo con las normas aplicables, corresponda el ascenso precisamente a este trabajador y no a otro. La redacción del artículo 1º de la Orden de 29 de diciembre de 1.945 en este punto es terminante y constituye la novedad más importante en relación con la Orden de 3 de octubre de 1.942 a la que sustituye. La justificación de esta limitación es clara y razonable, ya que se trata de proteger el derecho al ascenso de terceros que pudieran gozar de preferencia o encontrarse al menos en sus mismas condiciones. Esta motivación fué destacada por la doctrina tan pronto como se publicó la Orden de 1.945 (83). La jurisprudencia, por su parte, ha -

(82) PALOMEQUE en "El supuesto base..." cit. págs. 100-1 cita abundante jurisprudencia que pone de manifiesto la "estricta comparación entre las funciones realizadas realmente por el trabajador y las que corresponden a la categoría superior solicitada".

(83) OJEA GONZALEZ, E. "La clasificación profesional..." cit. pág. 23 "Se produce una leve limitación al ejercicio de tal derecho en evitación de que la reclamación de una categoría adecuada a la función efectivamente realizada pueda implicar lesión de derechos de otros compañeros de trabajo".

recalcado este criterio con insistente unanimidad (84).

Unicamente ante la ausencia de preceptos sobre ascensos aplicables al personal afectado procede el ascenso sin más requisito - que la efectiva realización de los trabajos de superior conceptualización. Este supuesto ha perdido virtualidad actualmente dado que ninguna Reglamentación carece de reglas en materia de ascensos y las escasísimas actividades que permanecen sin reglamentar.

Lo que de ninguna manera puede hacer la Autoridad Laboral es reconocer la realización de trabajos de superior categoría y abstenerse de pronunciarse sobre si el trabajador tiene o no derecho al ascenso. Esto ocurriría mediante la utilización de una fórmula del siguiente tenor: resuelve declarar que los trabajos efectuados por XX son propios de la categoría Z y se requiere a la empresa para que cubra la vacante de acuerdo con las normas sobre ascensos que le sean de aplicación. Entendemos que la declaración sobre si el reclamante tiene o no derecho al ascenso no puede omitirse por ir abiertamente contra lo dispuesto en la Orden de clasificación profesional, en la que se determina que la categoría reclamada será otorgada por la Autoridad Laboral si al interesado le correspondiese conforme a las normas reglamentarias sobre ascensos. Sin embargo, el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala IV de 9-5-67 (R. 3005) declara válida una resolución por la que se reconoció que correspondía al reclamante la retribución propia de la categoría superior e igualmente la categoría, si la vacante existente hubiera de cubrirse por el turno de libre designación, y de corresponder el de antigüedad o el de suficiencia por examen que se cubriese por quien de mostrase mejor derecho.

(84) Pueden consultarse entre otras muchas, las STS, Ca, 17-3-69 (R. 1626), 25-3-69 (R. 1739), 6-6-70 (R. 3091), 1-3-71 (R. 1182), 25-2-72 (R. 1123), 6-3-72 (R. 2061), 17-4-72 (R. 1784), 16-1-73 (R. 114), 5-12-73 (R. 5002), 25-2-72 (1123), 10-6-76 (R. 3554).

Las reglas de carácter sustantivo sobre ascensos han sido abordadas ampliamente (85). Se dan pro reproducidas por cuanto deben cumplirse lo mismo si el ascenso se realiza siguiendo cauces pacíficos que si se plantea un litigio de clasificación profesional ante la Autoridad laboral. Existen, sin embargo, algunos problemas que adquieren especial relevancia sólo cuando el empleador se opone al ascenso y que por ello merecen atención. Son los siguientes:

a) Automatismo en el ascenso cuando el sistema previsto es el de libre designación. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo avala la tesis de que si la vacante debe ser cubierta por libre designación de la empresa, el encargo de tareas superiores es suficientemente expresivo de la voluntad de elección y que por consiguiente debe ser reconocida la superior categoría directamente en el expediente clasificatorio (86) El automatismo en el ascenso aplicando la libre designación de la empresa ha sido aplicado por nuestro más alto Tribunal incluso en supuestos en que el sistema de libre designación concurre con otros sistemas sin que estuviera acreditada que la vacante hubiera de ser cubierta precisamente con cargo a este turno (87) Excepcionalmente, sin embargo, alguna sentencia niega de plano el automatismo en el ascenso (88) La Administración Laboral lógicamente se atiene a la doctrina más constantemente reiterada por el Tribunal Supremo y frecuentemente concede ascensos automáticos a categorías superiores cuando el ascenso se subordina únicamente a la libre decisión empresarial (89)

Si el empleador voluntariamente encarga unos trabajos a los que corresponde una determinada categoría, no puede alegar que pretendió la ejecución de los actos, pero no sus consecuencias jurídicas, porque estas - en lo que tienen de garantía mínima de los derechos de los trabajadores

(86) STS, CA, 12-2-68 (R. 1763) "La voluntaria adscripción que hizo la empresa en su día del señor X a los trabajadores de superior categoría y el continuado mantenimiento en ellos con el mismo libre arbitrio implica la libre designación"; 18-1-69 (R. 91) "subordinado a su encuadramiento en los turnos de libre designación de la empresa, en los que lógica y jurídicamente han de tener cabida quienes por voluntaria disposición de dicha empresa han sido promovidos al desempeño de funciones clasificadas en la categoría de que se trata"; En la misma línea las Sentencias de 9-5-67 (R. 3005), 17-12-64 (R. 5563), 14-12-67 (R. 4978), 30-4-70 (R. 2490), 8-3-72 (R. 2065), 6-11-75 (R. 4262)

(87) Así las STS, CA, 12-12-75 (R. 4478) y 4-6-76 (R. 3095)

(88) STS, CA, 4-3-68 (R. 1282) "Excluyendo este turno por ser de libre designación de la empresa y esta ya ha manifestado su voluntad en contra"; STS, CA, 1-3-71 (R. 1182) "Por cuanto según la Reglamentación a ellos aplicable el incluirlos depende de la libre elección de la entidad empresarial ... y tampoco la empresa les eligió para estos puestos".

(89) Pueden consultarse las Resoluciones de 2-6-65 (BOMT, sep. 65, Ref. 14-10-68 (BOMT, oct. 68, Ref. 10-140), 30-5-69 (BOMT, jul. 69, Ref. 7-163), 1-4-76 (BOMT, abr. 76, Ref. 5-85)

son de obligado acatamiento por el empleador y ni siquiera cabe renunciarlas; tampoco pueden decirse de sus órdenes por cuanto nadie puede ir contra sus propios actos.

b) Automatismo en el ascenso cuando se requiere la superación de pruebas. El sistema de ascensos a través de la ejecución de pruebas objetivas presenta dos vertientes, claramente diferenciadas. Por una parte se trata de verificar la efectiva capacitación de los aspirantes para el puesto que se pretende cubrir; por otra, las pruebas son el instrumento utilizado para hacer realidad el principio de igualdad de oportunidades. No diferencias ambos aspectos constituye fuente frecuente de conflictos y malentendidos. Es absurdo que a un trabajador que viene realizando unas funciones se le niegue la categoría correspondiente por no superar las pruebas que acrediten estar capacitado para ejecutar lo que ya ejecuta con un grado de perfección que el empresario ha reconocido como suficiente cuando le eligió para el puesto y sobre todo cuando pasado un tiempo prudencial no le removió. Ahora bien cuando existen en la empresa otros candidatos al ascenso con idéntico derecho, el respeto a sus derechos exige que la categoría superior se provea en libre concurrencia y que el trabajador reclamante demuestre no solamente estar capacitado sino que es el más capacitado.

El tratamiento jurisprudencial del problema no es firme, quizás por no separar debidamente los dos significados atribuidos a las pruebas. Son numerosas las Sentencias que deniegan el ascenso de trabajadores que no acreditan la superación de las pruebas pertinentes. No obstante, quizás, muy recientemente el Tribunal Supremo ha acogido el criterio de la irrelevancia de la superación de pruebas para el ascenso automático cuando no existen posibles perjudicados. Es significativa la STS, CA, 6-2-76 (R. 1083) "Si la empresa asigna al operario de modo regular o permanente funciones que a tenor de la Ordenanza Laboral corresponden a la categoría profesional superior, deberá entenderse implícito el reconocimiento patronal de aptitud para realizarlos ... y como quiera que del informe de la Inspección de Trabajo se desprende la inexistencia de obstáculo en cuanto al turno de antigüedad que pudiera perjudicar a otro" (90)

(90) En fechas recientes ^{adoptan} ~~mantienen~~ la misma postura las STS, CA, XXXX 31-5-75 (R. 3113), 4-6-76 (R. 3096), 23-6-76 (R. 3863)

c) Ascenso per saltum". Se recoge con esta expresión el supuesto de que un trabajador sea clasificado en una categoría más elevada que la inmediatamente superior. Si la promoción depende de la efectiva realización de la función y del sometimiento a las reglas sobre ascensos no se aprecian razones suficientes para impedir de plano el ascenso "per saltum", ya que ambos requisitos pueden ser cumplidos por los interesados. No exista ninguna norma que prohíba estos ascensos, si bien puede ocurrir que las reglas sobre ascensos o los derechos de terceros varíen en los sucesivos escalones, en cuyo caso será necesario que el interesado cumpla simultáneamente las condiciones para el ascenso a la categoría más alta y a las intermedias. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo admite el ascenso "per saltum". Es terminante la Sentencia de 4-6-66 (R. 2937) "la clasificación debe hacerse atendiendo a las funciones reales desempeñadas en puestos de categoría superior, sea o no la inmediata" (91) Algunas de las Sentencias que se oponen no niegan la posibilidad de estos ascensos, sino que se apoyan en la carencia de requisitos necesarios para ascender a los sucesivos escalones. Así la de 6-6-70 (R. 3092) resuelve el supuesto de un oficial de tercera que realiza trabajos de oficial de primera, categoría a la que se accede automáticamente por ser de libre designación, pero que no puede alcanzarla porque la libre elección debe ceñirse a los oficiales de segunda (92) Postura contraria se advierte en la Sentencia de 27-1-71 (R. 256) que rechaza un ascenso con argumentaciones varias entre las que cita el salto de categoría.

Como una modalidad del ascenso "per saltum" puede considerarse el cambio de grupo profesional. Entendemos que si el trabajador cumple todos los requisitos para el ascenso debe resultar indiferente que la categoría superior sea del mismo o de distinto grupo. Frecuentemente en los expedientes de clasificación profesional se efectúan estos cambios sin que se origine objeción alguna por este motivo (93) No obstante, pueden citarse algunas Sentencias que excepcionalmente se oponen a estos cambios (94).

(91) El reconocimiento de categorías superiores a la inmediata puede encontrarse asimismo en la STS, CA, 1-12-72 (R. 5107)

(92) Se refiere a la aplicación de la Reglamentación de CAMPSA de 5-4-45, art. 18. En el mismo sentido la STS, CA, 19-12-71 (R. 5320)

(93) La STS, CA. 5-3-69 (R. 1506) clasifica a un Oficial electricista como Auxiliar administrativo y la de 3-5-76 (R. 2465) otorga a un Engrasador la categoría de Carretillero de primera.

(94) Así las de 2-5-68 (R. 2540) y 10-11-70 (R. 4874)

Quizás la solución correcta de cualquier problema de ascenso con salto de categoría sea sencilla y se reduzca a la aplicación del principio general de que no basta la realización de los trabajos superiores (o simplemente distintos), sino que deben cumplirse todos los requisitos para el ascenso, debiendo examinarse en cada caso concreto si existen terceros interesados que puedan optar al ascenso dentro de las categorías intermedias o del grupo al que se pretende acceder (95)

d) Ascenso de trabajadores que no promovieron el expediente. ¿Puede el Delegado de Trabajo ascender a un tercer interesado distinto de la persona que inició el expediente? En el expediente administrativo la comprobación de las funciones superiores realizadas por quien lo promovió puede servir para acreditar la existencia de una vacante que corresponda cubrir con un trabajador distinto, en aplicación estricta de las normas sobre ascensos, y puede asimismo ocurrir que este trabajador sea perfectamente identificable (96) El Delegado de Trabajo al denegar el ascenso a un trabajador podría simultáneamente otorgarlo al que cumple los requisitos. - Entendemos que si este tercer interesado se ha personado en el expediente alegando su mejor derecho y solicitando ser él quien ascienda, la comprobación de que su tesis es correcta debe llevar a otorgarle la categoría, dado que la Ley de Procedimiento Administrativo, art. 92, determina que la resolución "decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados". Pero si no hubiere comparecido no puede verse afectado por la resolución, dado que el ascenso constituye un derecho del trabajador, no una obligación, y no es impensable que a algún trabajador no le interese el ascenso. A no ser, claro está, que el tercer interesado viniera ya realizando ya las funciones superiores, pues el ascenso a superior categoría con la consiguiente modificación del contenido de la prestación laboral exigible es ~~maxima-~~ de voluntaria aceptación, mientras que la clasificación de acuerdo con las categorías recogidas en la normativa aplicable constituye un derecho irrenunciable.

La diferencia práctica del ascenso del tercer interesado por decisión inmediata del Delegado de Trabajo o como consecuencia de una posterior decisión empresarial en cumplimiento del requerimiento para cubrir una vacante estriba en que en el primer caso los efectos de la reclasificación nacían en la fecha de la resolución o, en su caso, de la personación en el expediente, mientras que en el segundo en la fecha en que efectivamente se cubriera la vacante.

(95) En la doctrina española PALOMEQUE ("El supuesto base ..." cit. pág. 04) entiende que en la normativa profesional sobre el ascenso se encuentra incluida la que se refiere a la "jerarquía gradual en el ascenso de categoría" [prohibición de ascensos "per saltum"]

(96) La antigüedad constituye el sistema más claro de predeterminación del trabajador a quien corresponde el ascenso.

4.6.3. RECONOCIMIENTO DE DIFERENCIAS ECONOMICAS.

Al examinar la competencia, hemos defendido que la Administración laboral debe conocer no sólo de las reclamaciones de ascenso de categoría, sino también de las de diferencias económicas a favor de quien realiza trabajos de categoría superior sin derecho al ascenso. De no ser así, la comprobación de que el trabajador reclamante no reúne los requisitos para el ascenso conduciría inexorablemente a la declaración de incompetencia. Pero no en este supuesto el Delegado de Trabajo debe declarar el derecho a la percepción del salario y otros posibles beneficios correspondientes a la categoría superior en que se encuadran los trabajos realizados. En aquellos supuestos en que se solicita la superior categoría y el Delegado de Trabajo la deniega por no concurrir los requisitos necesarios para el ascenso, pero en cambio reconoce diferencias económicas por la realización de trabajos de categoría superior no cabe hablar de incongruencia "ya que esta consecuencia va implícita en aquella petición" (97).

En cuanto al contenido de la resolución, los aspectos de obligada consideración son los mismos que en aquellas que otorgan una reclasificación, sólo si el trabajador la solicitó; mas si directamente reclama diferencias económicas, basta el examen del trabajo realizado y de la categoría aplicable. En todo caso es importante recalcar que la resolución debe limitarse a declarar el derecho - sin fijar cuantía ni considerar cualquier aspecto de la relación laboral que pueda exceder de la declaración genérica del derecho (98).

(97) RDGOT 11-5-65, citado en J.C. nº 1991

(98) PALOMEQUE, en "El supuesto base..." págs. 116-7 entiende que en estos casos el Delegado de Trabajo debe limitarse a declarar que el trabajador ha efectuado labores de categoría superior "sin que quepa, probablemente, una estricta declaración de diferencias salariales con expresión de cuantía". Las Sentencias de la Sala IV de 7-5-76 (R. 2551) y 10-6-76 (R. 3554) son muy explícitas al respecto.

Cuando la Administración reconoce diferencias salariales a favor de trabajadores en quienes no concurren los requisitos necesarios para el ascenso a menudo sigue la práctica de declarar creadas las vacantes en las categorías superiores y en la propia resolución requiere al empleador para que en un plazo taxativamente - marcado los cubra por el sistema que corresponda de acuerdo con - la normativa que le sea aplicable. Esta práctica usual ha sido considerada correcta por el Tribunal Supremo en repetidas sentencias(99).

(99) Así las de 27-5-67 (R. 3032), 21-6-67 (R. 4017), 9-5-72 (R. 2967), 10-6-76 (R. 3554). En contra, excepcionalmente, la de 4-3-68 (R. 1282). "Cuando se conceda la diferencia de sueldo, como acontece en el caso de autos, no se podrá ocupar número ni consolidar la categoría superior, luego no hay vacante de plaza y al no haberla, no puede obligarse a la empresa a que la anuncie".

4.6.4. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LAS RECLAMACIONES DE CLASIFICACION

En el procedimiento administrativo rige el principio inquisitivo, recogido en el art. 93 de la Ley que lo regula, en virtud del cual la Administración ha de resolver todas las cuestiones planteadas por los interesados y cualesquiera otras que se deriven del expediente aunque no las aleguen estos. La aplicación de dicho principio determina que "el órgano administrativo no se encuentra vinculado rígidamente a las pretensiones de las partes como en el proceso civil" (100). Consecuente con estos criterios la Administración laboral frecuentemente otorga categorías intermedias entre la ostentada por el reclamante y la que reclama, e incluso en ocasiones categorías encuadradas en grupos distintos. Muchas de estas resoluciones han sido objeto de revisión contencioso administrativa sin que se haya planteado defecto de congruencia. Podemos citar las Sentencias de la Sala IV de 31-10-64 (R. 5215) y la de 9-12-70 (R. 5397). La primera contempla un supuesto en que los actores solicitaron la categoría de oficiales de primera y la Administración los clasificó como oficiales de segunda. La resolución administrativa fué -- anulada por diversas razones totalmente ajenas a la congruencia. La segunda confirma la actuación de la Administración que otorgó la categoría de peones especialistas a varios trabajadores -- que habían solicitado la de guardas de parques y jardines. En -- ambos procesos ni siquiera se plantea el problema de la discordancia entre categoría solicitada y acordada (101). La STS, CA,

(100) GONZALEZ PEREZ, JESUS "El procedimiento administrativo". Madrid, 1.964, pág. 492. En el mismo sentido ROYO-VILLANOVA: "El procedimiento administrativo como garantía jurídica", RE, nº 48 pag. 65.

(101) Sentencias que confirman asimismo categorías acordadas por la Administración diversas de las solicitadas en el escrito de iniciación son las de 20-2-68 (R. 912) y 11-5-76 (R. 1791).

21-5-76 (R. 2966) rechaza la alegación de incongruencia razonando que la categoría otorgada por la Administración no se encuentra en plano de superioridad jerárquica respecto a la solicitada por el trabajador, con lo cual indirectamente admite la incongruencia en el supuesto de que la categoría otorgada fuera más elevada que la pretendida. La única Sentencia que hemos localizado donde expresamente se acepta la incongruencia se refiere a un supuesto en que el reclamante se limitó a solicitar que se le reclasificara con la categoría que pudiera corresponderle en relación al trabajo que desempeñaba, sin especificar ninguna concreta (102).

Incluso en el proceso seguido ante Magistratura de Trabajo por diferencias económicas basadas en la realización de trabajos de superior categoría, a pesar del mayor rigor con que se exige en esta vía la correspondencia entre lo solicitado y lo otorgado, el Tribunal Central ha declarado que no incurre en incongruencia el Magistrado que otorga el salario correspondiente a una categoría intermedia (103).

En el supuesto de que la Administración reclasifique al trabajador en una categoría distinta de la solicitada cobra toda su fuerza el derecho de audiencia de los interesados, pues de no ejercitarse quedarían en manifiesta situación de indefensión, ya que su argumentación y sus pruebas han sido realizadas en base a las categorías recogidas inicialmente en el expediente y sin tener en cuenta otras distintas. Incluye esta observación el art. 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo y ha

(102) STS, CA, 9-12-70 (R. 5397) "Se vulnera el ordenamiento jurídico prescindiendo de lo hasta aquí argumentado, en razón en este caso concreto de que el acto administrativo es además incongruente por contener una violación formal de los principios fundamentales de todo procedimiento, cual es que no se ajusta al petitum de la reclamación, dado que por la persona postulante no se propugnó el ser designado como tal oficial primero manipulador".
(103) STCT, 1-3-74 (R. 1072)

sido expresamente acogida por la Dirección General de Trabajo (104).

5. LOS EFECTOS TEMPORALES DE LA CLASIFICACION PROFESIONAL.

La Orden de 29 de diciembre de 1.945, art. 7º, establece que la clasificación acordada por la Autoridad laboral surtirá todos los efectos, incluso los económicos, a partir de la fecha en que el trabajador interesado solicitó por escrito su adecuada clasificación, y a falta de reclamación de partes, desde el momento en que la Inspección de Trabajo hubiera comprobado la indebida clasificación. Para las empresas que cuenten con Jurado la Orden de 8 de mayo de 1.957 retrotrae los efectos a la fecha en que el trabajador de forma reglamentaria y por escrito solicitó su adecuada clasificación. La jurisprudencia sehha en cargado de remachar que la clasificación profesional no puede disfrutar de un período de retroactividad más amplio, y justifica esta tesis en base a una pretendida negligencia del trabajador (105). La doctrina no ha enjuiciado esta doctrina con un criterio coincidente. Mientras TORRES MESA explica el precepto comentado como "una especie de sanción para quienes reclamaron extemporáneamente", PALOMEQUE critica esta doctrina tachándola de regresiva para los derechos del trabajador (106).

(104) La RDGOT de 16-8-67, citada cuando hemos tratado del derecho de audiencia.

(105) Con expresiones casi idénticas repiten varias Sentencias del Tribunal Supremo recae sobre él la sanción establecida justamente". Pueden consultarse, entre otras, la de la Sala de lo Social de 27-10-53 (R. 2653) y la de la IV de 27-10-53 (R. 2653).

(106) TORRES MESA, M " Aspectos de la Relación Laboral. La Clasificación profesional del Trabajador". Red. D. Tr., nº 10, 1.953, pág. 1.027. PALOMEQUE LOPEZ, M. C. "El supuesto base..." cit. pág. 114.

Entendemos que la resolución que ponga fin al expediente de clasificación profesional debe contener necesariamente la fecha desde la cual surta efectos. La omisión de este dato en el resuelve de la misma podría suplirse si en cualquier pasaje de su texto aparece precisada la fecha de presentación de la reclamación al Delegado de Trabajo o, en su caso, al Jurado de Empresa. La ausencia de este requisito llevaría aparejada la anulabilidad del acto administrativo por carecer de un requisito indispensable para alcanzar su fin (107).

Interesa destacar que las discrepancias que pudieran suscitar sobre la fecha ex que de efectos de la clasificación son de la exclusiva competencia de la Delegación de Trabajo, ya que este dato constituye parte inseparable del acto administrativo de clasificación profesional (108).

La atribución de efectos económicos durante el mínimo plazo de retroactividad que supone el lapso entre las fechas de presentación de la reclamación y las de resolución del expediente no reviste trascendencia alguna, a pesar de la expresión utilizada por el artículo 72 de la Orden de clasificación, "surtirá todos

(107) Ley de Procedimiento Administrativo, art. 48

(108) STS, CA, 11-5-71 (R. 2418) "aún cuando la declaración de la clasificación profesional sea materia indudable e indiscutiblemente administrativa, como lo ha sido en este caso, claro es que --ello lleva, en sí mismo, la declaración in die y en su caso ex die, que constituyen su precisión temporal, y en este aspecto, --únicamente, pudo conocer y conoció la Administración del acto que hoy se recurre y, consecuentemente, ahora, la jurisdicción contencioso-administrativa en el mismo ámbito de que aquella conoción dentro de su función revisora; orden, éste, en el que no se hace posible desintegrar de la calificación la fecha de 'ésta como formando parte de la misma y por consiguiente considerando como un todo el acto administrativo recurrido". Confirma asimismo la competencia para fijar la fecha ex que la STS, CA, 8-2-69(R.1066).

los efectos, incluso los económicos". Por mucho que se atrase la terminación del expediente la cantidad devengada no puede ser -- cuantiosa. Los efectos que pueden ofrecer trastornos de cierta relevancia son precisamente los no económicos, básicamente en materia de ascensos, ya que los producidos en el período de retro-actividad pueden resultar afectados por la nueva clasificación. Piénsese, por ejemplo, que si la participación en un concurso -- queda restringida a los que ostenten determinada categoría, la falta de reconocimiento de la misma a un trabajador le puede ocasionar perjuicios irreparable y lógicamente si obtiene la categoría a través de un procedimiento legal, asimismo debería reconocersele el derecho a concurrir aunque haya finalizado el concurso. Por tanto entendemos que el trabajador ascendido podrá impugnar los actos que hayan tenido lugar desde que presentó la reclamación siempre que sobre dichos actos repercuta la nueva categoría. Por supuesto que los litigios sobre esta materia quedan excluidos del ámbito de la Orden de 1.945 y consiguientemente de la competencia de la Administración.

Especialmente interesante es la cuestión de si una vez que el trabajador ha obtenido una nueva categoría profesional o la declaración del derecho a las retribuciones correspondientes a la misma puede con posterioridad demandar al empleador ante la Magistratura por las diferencias económicas correspondientes a periodos anteriores a los que no afecte el plazo de prescripción establecido en el art. 83 de la Ley de Contrato de Trabajo. Si se parte de la tesis que hemos defendido de la exclusiva competencia de la Administración para conocer de diferencias salariales por el desempeño de funciones superiores mientras el contrato esté vigente, no surgiría este problema, pero si se admite la competencia de la Magistratura y la inaplicabilidad de la Orden de 29 de diciembre de 1.945 a las reclamam

ciones que se limitan a pedir diferencias económicas y no reclasificación, no se aprecian argumentos sólidos para impedir la formulación de demandas por cantidades correspondientes a periodos anteriores a la fecha de efectos de la resolución administrativa.

Así lo ha entendido la Sala IV del Tribunal Supremo en Sentencia de 12-11-70 (R. 4880).

Distinto es el criterio sustentado en algunas Sentencias del Tribunal Central de Trabajo, tales las de 12-11-63 (Jur. Soc. Ref. 177/74) y 1-2-75 (Jur. Soc. Ref. 1755), las cuales argumentan que las cuestiones de abono de salarios correspondientes a trabajos de superior categoría y de clasificación profesional solo pueden considerarse independientes cuando se reclama la diferencia únicamente en Magistratura y "que cuando el trabajador opta entre la vía administrativa o la judicial a sus respectivas consecuencias jurídicas ha de estarse, sin que sea dable aceptar el efecto favorable de la resolución dictada por la autoridad administrativa, en cuanto ésta reconoce el derecho a ostentar categoría laboral superior, y oponerse en la vía judicial a la limitación temporal de los derechos económicos derivados de ese reconocimiento.

6. EL PROCEDIMIENTO EN MAGISTRATURA.

El procedimiento de clasificación profesional finaliza en la vía administrativa si la resolución definitiva es adversa al trabajador o si, siendo favorable, los interesados llegan a un acuerdo en cuanto al salario resultante de la nueva situación y el -- empleador efectivamente lo abona. Pero si el empleador se niega -- al pago o surgen diferentes apreciaciones en cuanto a la cantidad, entorpecerá será preciso que el trabajador inste un segundo procedimiento ante la Magistratura de Trabajo. La doctrina ha resaltado la dualidad de procedimientos y la dualidad de competencias (109).

El procedimiento debe instarlo el propio interesado, ya que/ no se inicia de oficio por la Administración como ocurre en otros supuestos de sucesiva intervención administrativa y judicial (110). Es dudoso si la reclamación ante Magistratura puede formularse tan pronto como la Delegación de Trabajo haya reconocido la superior/ categoría o el derecho a las percepciones propias de la misma, sin perjuicio de que pueda ser impugnada la resolución administrativa, ya que los arts. 101 y 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo determinan que la interposición de cualquier recurso no suspende la ejecución del acto impugnado, a no ser que una disposición establezca lo contrario o que la Autoridad a quien corresponde resolver el recurso así lo acuerde. La expresión "acuerdo fir-

(109) RODRIGUEZ PIÑERO, M. "Cuestiones laborales previas..." Cit pág 142.

(110) Tal es el caso de las denominadas Actas de perjuicios económicos reguladas en el D. de 10-7-75, art. 10 y la fijación de indemnizaciones por despido en expediente de restructuración de plantillas a que se refiere la Ley de Relaciones Laborales de 8-4-76, art. 18, y el D. de 2-11-72 sobre política de empleo.

me recaído" que se encuentra en el art. 3º de la Orden de 29 de diciembre de 1.945 podría fundamentar la existencia de la hipótesis prevista de disposición que establezca lo contrario, sin embargo - el Tribunal Central de Trabajo en Sentencia de 27-9-75 (R. 3981) - entiende que la interposición del recurso de alzada en materia de clasificación profesional no puede paralizar la ejecución de lo acordado por el Delegado de Trabajo.

La intervención de la Magistratura de Trabajo en los procedimientos de clasificación profesional no es tan amplia que pueda revisar la resolución administrativa ni tan estricta que se limite a una mera ejecución.

La reclasificación profesional realizada por la Autoridad laboral o la declaración del derecho a percibir diferencias económicas por trabajos de superior categoría son datos que el Magistrado no puede tocar. La revisión de las actuaciones administrativas en materia de clasificación corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, no a los de la social (111). Lógicamente para que el Magistrado de Trabajo establezca la retribución correspondiente a la nueva categoría y las diferencias que puedan existir a favor del trabajador es imprescindible que dicha categoría se encuentre incluida en la normativa aplicable. Si la Autoridad Laboral se hubiese irrogado la función de crear una nueva categoría con olvido del respeto al principio de legalidad, el Magistrado se verá imposibilitado de fijar diferencias (112).

(111) S.T.C.T. 1-2-65 (JS 1.965- Ref 1755)

(112) Así lo declaró el TCMT en S. 2-5-72 (Jur. Soc. Ref. 252).

Tampoco cabe reducir la intervención de Magistratura a un mero proceso de ejecución. El derecho a percepciones económicas ha de ser objeto de una sentencia previa o de un acuerdo entre partes en trámite de conciliación. En estos actos se fija la cantidad adeudada. Debe tenerse en cuenta la posibilidad de que, reconocida por los interesados la nueva categoría o el derecho al salario de esta, sin embargo las posturas sean contradictorias en relación a si, por percibir cantidades superiores a los mínimos legales o contractuales, procede el pago total o parcial de diferencias. Bien puede ocurrir que un trabajador a quien se le otorga una nueva categoría venga - percibiendo salarios superiores a los de esta. Entra entonces en juego la aplicación del principio de derechos adquiridos, de los conceptos de absorción y compensación, de los pactos salariales de carácter individual que pudieran existir. Según se dijo en su momento, la resolución administrativa reconociendo el derecho a diferencias debe ser de carácter genérico, dejando a la Magistratura de Trabajo la labor de fijación de la cantidad liquida (113). También debe tenerse en cuenta que la clasificación no repercute solamente sobre los salarios. La negativa de la empresa a reconocer cualquier efecto de la clasificación acordada por la Autoridad Laboral puede constituir objeto de demanda ante Magistratura, la cual lógicamente deberá respetar la decisión administrativa (114).

(113) En armonía con este criterio la STS, S.IV, 8-2-69 (R. 1066) anula el pronunciamiento emitido por el Ministerio de Trabajo en un expediente de clasif. prof. relativo a que las trabajadoras reclamantes debían percibir el ochenta por ciento del sueldo asignado al personal masculino en las respectivas categorías manteniendo en lo restante la reclasificación acordada. "Sin que hubiera que hacer pronunciamiento alguno en cuanto a los nuevos sueldos a percibir, de una parte porque no se había pedido, de otra porque ello es función privativa de la Magistratura de Trabajo.

(114) La STS, S.IV de 3-12-53 (R. 3067) mantiene esta doctrina en un problema de asignación de puesto de trabajo.

CONCLUSIONES

I

1. La clasificación profesional adolece de falta de rigor terminológico en nuestra legislación. El dato de referencia debe ser la función y no la profesión ni tampoco otras materias ajenas a las tareas desempeñadas susceptibles de clasificación o de encuadramiento sistemático.

2. La clasificación de las tareas previstas como normales en las empresas mediante esquemas previos a la contratación de funciones origina la categoría profesional, que puede definirse como la delimitación legal de funciones que normalmente corresponden a una ocupación laboral.

3. El fundamento de la clasificación profesional es triple: facilita la especificación del objeto del contrato de trabajo y consiguientemente del ámbito del poder de dirección empresarial; responde a la necesidad de delimitar grupos homogéneos de trabajadores a los que se aplican las mismas condiciones laborales y constituye un instrumento valioso de la política de empleo tanto a nivel nacional como internacional.

4. El contenido de la categoría profesional incluye tres elementos: la denominación, la descripción de la ocupación y el grado de perfección con que se realiza. La descripción de las tareas que corresponden a cada ocupación constituye el elemento esencial.

El Derecho del Trabajo español ha elaborado el cuadro de categorías profesionales tomando como criterio diferenciador sustancial

la función y como criterios complementarios la edad, la antigüedad en la empresa, el título, la importancia del centro de trabajo y - la peligrosidad de las tareas.

5. En la denominación y definición de las categorías se advierte una acusada ausencia de uniformidad que sólo en parte está justificada. Sería deseable la utilización de técnicas jurídicas tendentes a lograr un grado de uniformidad más elevado.

II

6. Nuestro derecho positivo acoge el principio de legalidad - en la clasificación profesional y la doctrina legal se muestra especialmente rigurosa en su exigencia. En caso de ausencia de una categoría que recoja las funciones objeto de clasificación debe acudirse a la aplicación analógica prevista en el Código Civil, art. 4º, 1, sin que sea admisible la creación de nuevas categorías por el empleador o por la Autoridad laboral a través de un expediente de reclamación de clasificación profesional.

7. Los aspectos sustantivos de la clasificación profesional - apenas se encuentran regulados en normas de carácter interprofesional. La tramitación de las reclamaciones sí que cuenta con un procedimiento administrativo especial. Se estima necesario la promulgación de una norma única que recoja la materia de clasificación - profesional en aquellos aspectos que no estén supecitados a las peculiaridades específicas de cada actividad económica o de cada profesión.

8. Las Reglamentaciones de Trabajo han sido hasta la fecha las disposiciones que se han ocupado primordialmente de regular las categorías profesionales y todas las materias relacionadas con la clasificación profesional. Los Convenios Colectivos le han dedicado una atención escasa, que necesariamente deberá acrecentarse después de promulgado el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/1.977 de 4 de marzo.

III

9. Las categorías profesionales de necesaria cobertura en cada empresa en particular se concretan a través de la plantilla. Actualmente las plantillas cumplen una función meramente informativa para el empleador, los trabajadores y la Administración Pública. Casi todas las Reglamentaciones han abandonado el recurso a la plantilla para forzar el mantenimiento de puestos de trabajo. Las escasas Reglamentaciones que todavía lo conservan deberían ser modificadas.

10. La utilización de las plantillas para negar a los trabajadores el acceso a una categoría cuyas funciones efectivamente ~~de~~sempeñan constituye un adulteración de su significado y así lo ha reconocido con indudable acierto la jurisprudencia más reciente.

11. El escalafón es una relación de trabajadores de la empresa con indicación de las categorías que tienen asignadas dentro de la plantilla. Su función es asimismo informativa y sirve para que cada trabajador compruebe sus propios datos personales y los de sus compañeros que puedan afectar a su carrera profesional.

IV

12. Todos los trabajadores deben ser clasificados otorgándoles una categoría profesional. La categoría es un instrumento para facilitar la contratación de las funciones y no un obstáculo que se interpone entre la voluntad contractual de los interesados. El objeto del contrato de trabajo no tiene por qué coincidir exactamente con el contenido de una categoría, pero concertadas unas determinadas tareas, la categoría de quien las realiza no puede ser inferior a la prevista para las mismas. Las funciones se contratan por el empleador y el trabajador de común acuerdo, mientras que la asignación de categoría constituye un acto unilateral del empleador, si bien sujeto a la revisión de órganos ajenos a la empresa.

13. La categoría debe ser la correspondiente a las funciones contratadas o a las realmente ejercidas, si fueran superiores. Los conocimientos profesionales que no han sido tendidos en cuenta en el momento de la contratación y que no se utilizan en el ejercicio de las funciones desempeñadas resultan irrelevantes para la clasificación de los trabajadores. Cuando habitualmente o por temporadas el trabajador realiza funciones de distinta categoría, entendemos que debe ser clasificado con arreglo a la que para él resulte más importante, pero considerando la importancia no solamente en relación con el tiempo dedicado sino también considerando la trascendencia de las diversas funciones en la organización empresarial en que se presta el trabajo.

V

14. La categoría profesional está sujeta a posibles cambios -

durante la vida del contrato de trabajo. Estos cambios son muy fre cuentes, si bien están sometidos a requisitos estrictos. Los cambios de categoría no afectan a la continuidad del contrato de trabajo.

15. El asenso constituye siempre un derecho del trabajador y en ningún caso le puede ser impuesto.

Nuestro derecho positivo contiene diversos preceptos, insuficientes para configurar un auténtico derecho del trabajador al desarrollo de una carrera profesional, pero sí suficientemente expresivos del criterio del legislador favorable a la misma.

16. Los sistemas de ascenso reconocidos en nuestro Derecho del Trabajo son la libre designación, la evaluación de los méritos y la capacidad, la antigüedad y la edad. Para la generalidad de las categorías profesionales se está afianzando cada vez más la evaluación objetiva a través del concurso-oposición. Es este el sistema que ofrece mayores ventajas.

17. La disminución de categoría puede efectuarse por común acuerdo de los interesados o por los motivos taxativamente recogidos en las normas aplicables. Cuando es impuesta al trabajador contra su voluntad debe reducirse sólo a aquellos casos en que se presenta como alternativa al despido.

18. Se hace sentir la necesidad de una legislación que regule con realismo las repercusiones de la disminución de capacidad física y psíquica sobre la categoría profesional, tendente a favorecer el acceso a puestos adecuados de similar o superior categoría antes que la reclasificación descendente.

19. La clasificación profesional proyecta sus efectos sobre las prestaciones básicas y sobre muchos aspectos que pudieran considerarse accesorios ; sobre la Seguridad Social; sobre la afiliación sindical e incluso sobre la consideración social de los trabajadores - fuera del marco de las empresas.

20. El trabajo exigible a los trabajadores se delimita a través de la categoría profesional de forma no exclusiva sino conjuntamente con la consideración de la voluntad contractual. La categoría repercute primordialmente en la delimitación cualitativa de la prestación y también en la delimitación cuantitativa.

21. La clasificación profesional entraña una garantía del trabajador frente al poder de dirección del empresario. Esta garantía se ve atenuada por el ejercicio del ius variandi empresarial, que constituye un poder unilateral de carácter excepcional sometido por la Ley de Contrato de Trabajo a muy severas limitaciones, las cuales frecuentemente han sido desviertuadas por las Reglamentaciones. Reconociendo las dificultades que para el eficaz desenvolvimiento de la empresa supondría la eliminación radical del ius variandi, se estima conveniente una mayor concreción normativa de esta materia, sin perjuicio de que en relación con la misma se potencie la intervención negociadora de los Sindicatos.

22. La categoría tiene una repercusión importante, pero no decisiva en la fijación de las retribuciones. Su misión se concreta - en garantizar al trabajador unos niveles mínimos salariales escales-

nados de acuerdo con la categoría correspondiente a las funciones que efectivamente realiza. El desempeño de funciones de diversa categoría nunca puede amparar ni un enriquecimiento injusto del empleador ni una disminución de percepciones económicas para el trabajador.

23. La categoría profesional constituye hasta la fecha pieza clave en la fijación de salarios de cotización a la Seguridad Social y aún cuando se establezca plenamente un sistema de cotización sobre salarios reales, seguirá repercutiendo sobre la cotización a la Seguridad Social en tanto persista el fenómeno de ocultación salarial. La adquisición o mantenimiento de determinadas prestaciones (invalidéz, desempleo y en algunos casos jubilación) acusa asimismo la influencia de la clasificación profesional de los trabajadores.

24. La clasificación profesional extiende sus efectos en el ámbito sindical por la tendencia sindical de afiliar a los trabajadores por grupos homogéneos de industrias y profesiones.

VII

25. Los conflictos de clasificación profesional cuando versan sobre la adecuación entre categoría y función y mientras está vigente el contrato de trabajo se formaliza a través de un procedimiento administrativo. Cualquier conflicto sobre otras materias de clasificación profesional o análogas entran dentro de la competencia genérica de la Magistratura.

26. Entendemos que cuando se dá el supuesto de discordancia entre categoría y función durante la vigencia del contrato la compe-

tencia para conocer y resolver el conflicto debe atribuirse en to do caso a la Delegación de Trabajo, aún cuando no se solicite expresamente una reclasificación o ésta no corresponda al reclamante por no cumplir los requisitos necesarios.

27. La competencia administrativa en éste tipo de conflictos se justifica sobre todo por la importancia de los informes aporta dos al expediente los cuales se basan en una observación dierecta del trabajo realizado. La posible atribución de competencia a la Magistratura debería hacerse conservando el carácter preceptivo - del informe de la Inspección de Trabajo.

28. La facultad de iniciar el expediente de reclasificación corresponde a cualquier "interesado", entendiendo éste concepto en el amplio sentido que le otorga el Derecho Administrativo. Sólo en supuestos excepcionales se estima conveniente la iniciación directamente por la Inspección de Trabajo. No parece equitativo - que el Inspector que comprueba anomalías en materia de clasifica ción profesional no pueda levantar Acta de Infracción y deba limi tarse a instar una resolución administrativa que carece de efectos retroactivos.

29. La acción para reclamar contra la clasificación profesional no prescribe en tanto permanezca con vida el contrato de traba jo. La admisión de la excepción de cosa juzgada plantea graves dificultades prácticas.

30. La resolución del expediente de clasificación profesional puede terminar con la denegación de la pretensión, la reclasifica-

ción o la declaración générica del derecho a percibir diferencias de salarios. La reclasificación solo procede cuando en el intersado se da la doble condición de realización de las tareas de superior categoria y de concurrencia de los requisitos necesarios para el ascenso. La resolución administrativa no incurre en incongruencia si otorga una categoria intermedia entre la que ostenta el reclamante y la que solicita.

21. La clasificación profesional no puede retrotraer sus - efectos a una fecha anterior a la de presentación de la reclamación ante el Delegado de Trabajo o, en su caso, ante el Jurado. La Jurisprudencia sobre si se pueden reclamar las diferencias no prescritas correspondientes a periodos anteriores a la fecha de - presentación de la reclamación no es unánime, observándose contradicción entre las Salas IV y VI del Tribunal Supremo.

LA CLASIFICACION PROFESIONAL

I

<u>CLASIFICACION Y CATEGORIA PROFESIONAL</u>	1
1. LA CLASIFICACION PROFESIONAL.(DELIMITACION Y TERMINOLOGIA)	1
2. LA CATEGORIA PROFESIONAL	8
3. FUNDAMENTO DE LA CLASIFICACION POR CATEGORIAS PROFESIONALES	11
3.1. LA ESPECIFICACION DEL OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO	12
3.2. LA REGULACION DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO	16
3.3. LA CLASIFICACION PROFESIONAL COMO INSTRUMENTO DE LA POLITICA DE EMPLEO	17
4. BOSQUEJO HISTORICO DE LA CLASIFICACION POR CATEGORIAS	19
5. CONTENIDO DE LA CATEGORIA PROFESIONAL	21
5.1. ELEMENTOS	21
A) LA DENOMINACION DE LA CATEGORIA	22
B) DESCRIPCION DE LA OCUPACION	22
C) GRADO DE PERFECCION	23
5.2. CONTENIDO DE LA CATEGORIA PROFESIONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL	26
5.2.1. LOS ELEMENTOS FORMALES	26
5.2.2. LOS CRITERIOS DE CLASIFICACION PROFESIONAL	27
A) LA EDAD	28
B) LA ANTIGUEDAD	31
C) EL TITULO	33
D) IMPORTANCIA DE LA EMPRESA	35
E) LA PELIGROSIDAD	38
6. LA UNIFORMIDAD EN LA DENOMINACION Y DEFINICION DE LAS CATEGORIAS PROFESIONALES	38
6.1. EL PROBLEMA DE LA UNIFORMIDAD	38
6.2. REALIZACIONES HACIA LA UNIFORMIDAD	42
6.2.1. A NIVEL INTERNACIONAL	42
6.2.2. LA UNIFORMIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL	43

7. ENUMERACION Y AGRUPACION DE CATEGORIAS	48
7.1. ENUMERACION DE LAS CATEGORIAS	48
7.2. LOS GRUPOS PROFESIONALES	51

II

<u>LAS FUENTES DE CLASIFICACION PROFESIONAL</u>	56
1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CLASIFICACION PROFESIONAL	56
2. DISPOSICIONES REGULADORAS DE LA CLASIFICACION PROFESIONAL	57
2.1. DE CARACTER INTERPROFESIONAL	57
2.2. REGLAMENTACIONES DE TRABAJO	58
2.3. CONVENIOS COLECTIVOS	60
2.4. REGLAMENTOS DE REGIMEN INTERIOR	62
3. EL ENCUADRAMIENTO DE FUNCIONES NO PREVISTAS	66

III

<u>PLANTILLAS Y ESCALAFONES</u>	68
1. PLANTILLAS	68
1.1. NOCION	68
1.1.1. CONCEPTO	68
1.1.2. OBLIGATORIEDAD	69
1.1.3. FUNCIONES	70
A) PARA LA ADMINISTRACION PUBLICA	71
B) PARA EL EMPRESARIO	72
C) PARA EL TRABAJADOR	73
1.2. ELABORACION	75
1.2.1. FACULTAD DE EMPRESARIOS	75
1.2.2. REGLAS DE ELABORACION	76
1.2.3. PUBLICIDAD	78
2. ESCALAFONES	80
2.1. NOCION	80
2.1.1. CONCEPTO	80
2.1.2. OBLIGATORIEDAD	80
2.1.3. FUNCIONES	80

2.2.1. ACTUACION DEL EMPRESARIO Y RECLAMACIONES DE LOS TRABAJADORES	81
2.2.2. REGLAS DE ELABORACION	85
2.2.3. PUBLICIDAD	86

IV

<u>LA ASIGNACION DE CATEGORIA PROFESIONAL</u>	88
1. LA CONTRACTUALIDAD DE LAS FUNCIONES	88
1.1. CONTRATACION DE FUNCIONES Y ASIGNACION DE CATEGORIA	88
1.2. LIBERTAD DE CONTRATACION DE FUNCIONES	90
2. EL ACTO DE CLASIFICACION PROFESIONAL	95
2.1. NATURALEZA	95
2.2. NOTIFICACION DE LA CLASIFICACION PROFESIONAL	96
3. CORRESPONDENCIA ENTRE LAS FUNCIONES REALIZADAS Y LAS PREVIS <u>TA</u> <u>S EN LAS NORMAS</u>	98
3.1. CRITERIOS DE GENERAL APLICACION	99
3.2. LA ACUMULACION DE FUNCIONES DE DIVERSA CATEGORIA	100
3.2.1. EJECUCION HABITUAL DE FUNCIONES DE DIVERSA CA <u>T</u> <u>TEGORIA</u>	100
3.2.2. FUNCIONES VARIABLES SEGUN LA TEMPORALDA	106
3.3. DISCORDANCIA ENTRE FUNCION Y CATEGORIA	108
3.3.1. LA CATEGORIA CONVENCIONAL	108
3.3.2. LA CATEGORIA ERRONEA	110
4. CONOCIMIENTOS PROFESIONALES Y CATEGORIA	112

V

<u>MODIFICACION DE LA CATEGORIA PROFESIONAL</u>	116
1. LOS ASCENSOS. CONCEPTO	116
1.1. EL ASCENSO COMO DERECHO Y COMO OBLIGACION	120
1.1.1. EL DERECHO AL ASCENSO	120
1.1.2. EL ASCENSO COMO OBLIGACION	123
1.2. SISTEMAS DE ASCENSO	126
1.2.1. LIBRE DESIGNACION	126

1.2.2. EVALUACION DE LOS MERITOS Y LA CAPACIDAD	128
A) NOCION	128
B) REGLAS DE PROCEDIMIENTO	129
1.2.3. ANTIGUEDAD	131
2. DISMINUCION DE CATEGORIA	134
2.1. SUPUESTOS NO ADMISIBLES	134
2.1.1. ERROR DE CLASIFICACION	134
2.1.2. APLICACION ABUSIVA O FRAUDULENTE DE LAS CAUSAS ADMISIBLES	134
2.2. SUPUESTOS ADMISIBLES	134
2.2.1. POR MUTUO ACUERDO	135
2.2.2. POR CAMBIOS ECONOMICOS Y TECNOLOGICOS	136
2.2.3. POR RAZONES DISCIPLINARIAS	137
2.2.4. POR REINGRESO DEL EXCEDENTE	137
2.2.5. POR DISMINUCION DE LA CAPACIDAD FISICA O PSI- QUICA	139
A) JUSTIFICACION DE LA RECLASIFICACION IN PEIUS	139
B) PRESUPUESTO DE LA DISMINUCION DE CATEGORIA	141
C) EL DERECHO DEL TRABAJADOR A LA RECLASIFICACION DESCENDENTE	145
D) FACULTAD EMPRESARIAL PARA EXIGIR LA RECLASIFICACION IN PEIUS	147
E) EFECTOS ECONOMICOS	148

VI

<u>EFFECTOS DE LA CLASIFICACION PROFESIONAL</u>	151
1. SOBRE EL TRABAJO EXIGIBLE	152
1.1. LA DELIMITACION DE LA PRESTACION A TRAVES DE LA CATEGORIA	152
1.1.1. TAREAS INCLUIDAS EN EL AMBITO DE LA CATEGORIA	153
1.1.2. RENDIMIENTO EXIGIBLE DE ACUERDO CON LA CATEGORIA	156
1.2. CLASIFICACION PROFESIONAL Y IUS VARIANDI	157
1.2.1. TRABAJOS DE LA MISMA CATEGORIA	170
1.2.2. TRABAJOS DE CATEGORIA SUPERIOR	174
1.2.3. TRABAJOS DE CATEGORIA INFERIOR	178

1.3. LAS EXTRALIMITACIONES DEL EMPRESARIO EN LA CATEGORIA DE LA PRESTACION	182
1.3.1. LA RESOLUCION DEL CONTRATO	182
1.3.2. LAS INDEMNIZACIONES	183
1.3.3. SANCIONES	183
1.3.4. EL IUS RESISTENTIAE	185
2. SOBRE LA REMUNERACION DEL TRABAJO	191
2.1. SENTIDO DE LA EQUIVALENCIA CATEGORIA-SALARIO	191
2.2. RETRIBUCION DE TRABAJOS DE DISTINTA CATEGORIA	193
2.2.1. TRABAJOS DE CATEGORIA SUPERIOR	193
2.2.2. TRABAJOS DE INFERIOR CATEGORIA	195
3. SOBRE OTROS ASPECTOS DE LA RELACION LABORAL	199
3.1. JORNADA Y DESCANSOS	199
3.2. PERIODO DE PRUEBA	200
3.3. PLAZO DE PREAVISO	201
3.4. DIETAS	203
4. SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL	204
4.1. COTIZACION	204
4.2. PRESTACIONES	206
A) INVALIDEZ	206
B) DESEMPLEO	208
C) JUBILACION	208
D) ASISTENCIA SANITARIA	209
5. SOBRE LA SINDICACION DE LOS TRABAJADORES	211

VII

<u>CONFLICTOS DE CLASIFICACION PROFESIONAL</u>	214
1. INTRODUCCION	214
1.1. NOCION DE CONFLICTOS DE CLASIFICACION PROFESIONAL	214
1.2. REGULACION	215
2. LA MATERIA CONTENCIOSA	219
2.1. DELIMITACION MATERIAL	219

2.1.1. EL SUPUESTO NORMAL	219
2.1.2. SUPUESTOS ESPECIALES	223
A) DERECHO A LA RETRIBUCION CORRESPON- DIENTE A UNA CATEGORIA SUPERIOR	223
B) LA ASIMILACION DE CATEGORIAS A EFEC- TO ECONOMICOS	227
C) ELASIFICACION DE APRENDICES	229
D) VALORACION DE PUESTOS DE TRABAJO	231
2.2. DELIMITACION TEMPORAL	234
3. ORGANOS COMPETENTES	237
4. EL PRECEDIMIENTO	242
4.1. RECLAMACION PREVIA ANTE EL JURADO	244
4.2. INICIACION	249
4.2.1. A INSTANCIA DE LOS INTERESADOS	249
4.2.2. A INSTANCIA DE LA INSPECCION DE TRABAJO	251
4.3. LAS EXCEPCIONES DE PRESCRIPCION Y COSA JUZGADA	258
4.3.1. PRESCRIPCION	258
4.3.2. COSA UZGADA	260
4.4. INFORMES	267
A) CARACTERES	267
B) CONTENIDO	269
C) PLAZO	269
4.5. EL TRAMITE DE AUDIENCIA DE LOS INTERESADOS	270
4.6. RESOLUCION DEL EXPEDIENTE	273
4.6.1. DENEGACION	273
4.6.2. RECLASIFICACION	274
A) AUTOMATISMO EN EL ASCENSO EN SISTEMA DE LIBRE DESIGNACION	276
B) AUTOMATISMO EN EL ASCENSO EN SISTEMA DE PRUEBAS	277
C) ASCENSO "PER SALTUM"	278
D) ASCENSO DE TRABAJADORES QUE NO PROMOVIERON EL EXPEDIENTE	279
4.6.3. RECONOCIMIENTO DE DIFERENCIAS ECONOMICAS	280

4.6.4. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN LAS RECLAMACIONES DE CLASIFICACION PROFESIONAL	282
5. LOS EFECTOS TEMPORALES DE LA CLASIFICACION PROFESIONAL	284
6. EL PROCEDIMIENTO EN MAGISTRATURA	288
<u>CONCLUSIONES</u>	291